

XVI

MACIEJ BENDORF-BUNDORF

O BOWIĄZEK UDZIELANIA
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PRZEZ
FUNDACJE I STOWARZYSZENIA



O BOWIĄZEK UDZIELANIA
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PRZEZ
FUNDACJE I STOWARZYSZENIA

MACIEJ BENDORF-BUNDORF

O BOWIĄZEK UDZIELANIA
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PRZEZ
FUNDACJE I STOWARZYSZENIA

Wydział Prawa i Administracji UWM

Kolegium Wydawnicze

Aldona Jurewicz – przewodnicząca
Dorota Lis-Staranowicz – wiceprzewodnicząca
Piotr Chlebowicz
Marta Kopacz
Anna Korzeniewska-Lasota
Justyna Krzywkowska
Dobrochna Ossowska-Salamonowicz
Przemysław Palka

Redaktorzy prowadzący

Marta Kopacz
Justyna Krzywkowska

Recenzent

prof. dr hab. Jadwiga Glumińska-Pawlic (UŚ)

Korekta

Margaryta Czerniawska

Projekt okładki, DTP

Bogdan Grochal

ISBN 978-83-65992-24-6

© Copyright by Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie
Olsztyn 2018
ul. Warszawska 98, 10-702 Olsztyn
www.uwm.edu.pl/e-wpia

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	7
Wstęp	9

Rozdział I

<i>Źródła prawa zamówień publicznych oraz podstawy prawne funkcjonowania fundacji i stowarzyszeń</i>	15
1.1. Podstawy prawne zamówień publicznych	15
1.1.1. Zamówienia publiczne w prawie Unii Europejskiej	15
1.1.1.1. Charakter i znaczenie regulacji traktatowych	15
1.1.1.2. Ewolucja wtórnego prawa Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych	21
1.1.2. Kształtowanie się prawa zamówień publicznych w Polsce	29
1.1.2.1. Geneza zamówień publicznych	29
1.1.2.2. Współczesny system zamówień publicznych w Polsce	32
1.1.3. Prawo zamówień publicznych w polskim systemie prawa	38
1.2. Podstawy prawne funkcjonowania fundacji i stowarzyszeń	41
1.2.1. Źródła prawa fundacyjnego	41
1.2.2. Podstawy prawne funkcjonowania stowarzyszeń	45
1.3. Ewolucja regulacji prawnych w zakresie obowiązku stosowania procedur zamówieniowych przez fundacje i stowarzyszenia	50
1.3.1. Obowiązek zamówieniowy fundacji i stowarzyszeń w prawie Unii Europejskiej	50
1.3.2. Ustawa o zamówieniach publicznych	54
1.3.3. Ustawa – Prawo zamówień publicznych	56
1.4. Podsumowanie	60

Rozdział II

<i>Pojęcie zamówienia publicznego</i>	63
2.1. Analiza ustawowej definicji zamówienia publicznego	63
2.1.1. Odpłatność umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą	67
2.1.2. Zakres podmiotowy zamówienia publicznego	74
2.1.2.1. Odrębna osobowość prawna jako przesłanka obowiązku zamówieniowego	74
2.1.2.2. Zamawiający jako strona w zamówieniu publicznym	77
2.1.2.3. Status prawny wykonawcy zamówienia publicznego	83
2.1.3. Zakres przedmiotowy zamówienia publicznego	87
2.1.3.1. Roboty budowlane i usługi w rozumieniu prawa zamówień publicznych	88
2.1.3.2. Dostawy jako przedmiot zamówienia publicznego	91
2.2. Funkcjonalne ujęcie zamówień publicznych w kontekście obowiązku zamówieniowego fundacji i stowarzyszeń	95
2.3. Podsumowanie	99

Rozdział III

<i>Fundacje i stowarzyszenia – status prawny na gruncie prawa prywatnego</i>	101
3.1. Pojęcie i rodzaje fundacji	101
3.2. Pojęcie i rodzaje stowarzyszeń	115

3.3.	Wybrane elementy zdolności prawnej fundacji i stowarzyszeń	126
3.3.1.	Ustanowienie fundacji	126
3.3.2.	Ustrój fundacji	131
3.3.3.	Tworzenie stowarzyszeń	135
3.3.4.	Członkostwo w stowarzyszeniu	139
3.3.5.	Organy stowarzyszeń	140
3.4.	Formy współpracy fundacji i stowarzyszeń z organami administracji publicznej	143
3.5.	Podsumowanie	150

Rozdział IV

Fundacje i stowarzyszenia jako podmiot prawa publicznego w rozumieniu

<i>Prawa zamówień publicznych</i>	153	
4.1.	Przesłanki uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego	153
4.1.1.	Posiadanie osobowości prawnej	154
4.1.2.	Charakter wykonywanej działalności	159
4.1.3.	Przesłanki o charakterze zależnościowym	165
4.1.3.1.	Finansowanie w przeważającej części przez podmioty publiczne	165
4.1.3.1.1.	Termin analizy struktury budżetu	169
4.1.3.1.2.	Środki z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych	173
4.1.3.1.3.	Dotacje celowe na zadania publiczne	175
4.1.3.1.4.	Finansowanie w sposób pośredni	182
4.1.3.2.	Sprawowanie nadzoru nad organem zarządzającym	183
4.1.3.3.	Prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego	189
4.2.	Zasady wydatkowania środków przy przedmiotowym wyłączeniu obowiązku zamówieniowego	197
4.3.	Podsumowanie	200

Rozdział V

Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia

<i>nieposiadające statusu podmiotu prawa publicznego</i>	205	
5.1.	Zamówienia finansowane w większości przez podmioty publiczne	205
5.1.1.	Znaczenie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp dla fundacji i stowarzyszeń	205
5.1.2.	Przesłanki obowiązku zamówieniowego	206
5.1.3.	Obowiązek zamówieniowy w ujęciu funkcjonalnym	210
5.1.4.	Charakter finansowania a obowiązek zamówieniowy	217
5.2.	Obowiązek zamówieniowy przy dofinansowaniu projektów	222
5.2.1.	Specyfika obowiązku zamówieniowego na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp	222
5.2.2.	Obowiązek zamówieniowy przy dofinansowaniu projektów na tle prawa unijnego	224
5.2.3.	Zakres zastosowania art. 3 ust. 3 Pzp i wnioski de lege ferenda	227
5.3.	Podsumowanie	232
Zakończenie	235	
Bibliografia	241	
Wykaz aktów prawnych	248	
Wykaz orzecznictwa	257	

Wykaz skrótów

Dz. U.	„Dziennik Ustaw”
Dz. U. UE	„Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej”
Dz. U. WE	„Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich”
EWG	Europejska Wspólnota Gospodarcza
GPA	Porozumienie w sprawie Zakupów Rządowych
KC	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025)
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
KPA	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2096)
KPC	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1360)
KRS	Krajowy Rejestr Sądowy
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
NUTS	Klasyfikacja Jednostek Terytorialnych dla celów Statystycznych
ONSA	„Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego”
ONSAiWSA	„Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i Wojewódzkich Sądów Administracyjnych”
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych
op. cit.	opus citatum
OSNAPiUS	„Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych”
OSNCP	„Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Pracy”
Pzp	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986)
SN	Sąd Najwyższy
TFUE	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C Nr 326, s. 47)
t.j.	tekst jednolity
TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
TWE	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. U. UE C 321 E z 29.12.2006)
UE	Unia Europejska
UZP	Urząd Zamówień Publicznych
WSA	Wojewódzki Sąd Administracyjny

Wstęp

Fundacje i stowarzyszenia funkcjonują w obrocie społeczno-gospodarczym jako jednostki zaliczane do tzw. trzeciego sektora, nazywanego również sektorem organizacji pozarządowych¹. Charakterystyczna dla takich podmiotów kategoryzacja oparta jest na obowiązującym we współczesnych państwach demokratycznych trójpodziałem aktywności podmiotów na sektor publiczny (sektor administracji publicznej, sektor państwowy) oraz sektor prywatny (sektor rynkowy, sektor biznesu). Definitywnym elementem sektora publicznego jest wykonywanie zadań w celu realizacji interesu publicznego. W jego zakres wchodzi podmioty kwalifikowane, ze względu na swoje cechy ustrojowe, do kategorii podmiotów publicznych, w szczególności zaś administracji publicznej. Sektor publiczny funkcjonuje w oparciu o finansowanie z publicznych środków oraz działa w celu realizacji i ochrony interesu wspólnego dla określonej społeczności, nie stanowiącego zasadniczo interesu indywidualnego danej jednostki. Sektor prywatny, nazywany również rynkowym, obejmuje natomiast podmioty prywatne, które zasadniczo powstają i funkcjonują na podstawie przepisów prawa prywatnego, przy czym zasadniczym celem ich działalności jest zysk. Są to zatem podmioty wyłączone z zakresu aparatu państwowego, które nastawione są na realizację interesu indywidualnego. Na pograniczu obu sektorów funkcjonują fundacje i stowarzyszenia jako przedstawiciele sektora pozarządowego.

Trzeci sektor wykazuje cechy zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego, jednak nie jest możliwa kwalifikacja jego przedstawicieli do żadnej ze wskazanych kategorii. Podmioty wchodzące w jego zakres działają bowiem w celu zaspokajania potrzeb społecznych, a więc interesu publicznego. Przy tym są to jednostki zaliczane do kategorii podmiotów prywatnych, wyłączonych z zakresu szeroko rozumianego państwa, co wynika bezpośrednio z określenia tego sektora jako sektora pozarządowego².

¹ Inne nazwy spotykane w literaturze to w szczególności sektor nonprofit, sektor obywatelski lub sektor organizacji społecznych.

² Szerzej zob. K. Kietlińska, *Rola trzeciego sektora w społeczeństwie obywatelskim*, Warszawa 2010, s. 50 i n.

Specyficzne umiejscowienie fundacji i stowarzyszeń na płaszczyźnie stosunków społeczno-gospodarczych wiąże się z często występującym w praktyce zjawiskiem korelacji takich podmiotów z przedstawicielami sektora publicznego. W szczególności z uwagi na międzysektorową tożsamość w zakresie celów i realizowanych zadań, liczne przejawy szeroko rozumianego współdziałania wydają się być stanem oczywistym. W jego następstwie można jednak mówić o swoistym zatarciu granicy pomiędzy podmiotami sektora publicznego a prywatnego, w szczególności w zakresie zasad, które powinny obowiązywać takie podmioty w trakcie wykonywania swoich zadań. Najbardziej istotnym czynnikiem, którego bezpośrednim źródłem jest kooperacja z sektorem publicznym i który może wpłynąć na kumulację wątpliwości odnośnie do kwalifikacji fundacji i stowarzyszeń jako jednostek podlegających pod stricte prywatnoprawne reguły działalności, jest czynnik publicznych źródeł finansowania podmiotu. Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z badaniami statystycznymi³, publiczne źródła finansowania działalności fundacji i stowarzyszeń⁴ są zjawiskiem powszechnym w polskiej praktyce. Wynika z nich bowiem, że 49% podmiotów deklaruje korzystanie z samorządowych źródeł finansowania⁵, 17% uzyskuje przychody z przekazania 1% podatku⁶, 12% korzysta ze źródeł rządowych i administracji centralnej⁷ oraz 12% fundacji i stowarzyszeń korzysta z dofinansowania swoich zadań z funduszy unijnych⁸.

Występujące w praktyce formy współdziałania podmiotów sektora publicznego z fundacjami lub stowarzyszeniami mogą stanowić podstawę do nałożenia na fundacje i stowarzyszenia obowiązku przestrzegania publicznoprawnych procedur wydatkowania środków. Charakterystyczny dla sektora państwowego obowiązek przestrzegania określonych prawem procedur nabywania robót budowlanych, dostaw i usług, w funkcjonalnie uzasadnionych przypadkach może objąć jednostki, które ustrojowo nie są kwalifikowane do sektora stricte publicznego.

Uzasadnienie takiego stanu postulatem szczelności systemu zamówień publicznych oraz efektywnej realizacji jego funkcji jest zasadniczo bezsporne w sytu-

³ Badania przeprowadzone przez Stowarzyszenie Klon/Jawor. Zob. J. Przewłocka, P. Adamiak, J. Herbst, *Podstawowe fakty o organizacjach pozarządowych. Raport z badania 2012*, Warszawa 2013, s. 110.

⁴ Autorzy prowadzonych badań podmiotowo ograniczyli ich zakres do wąskiego ujęcia sektora organizacji pozarządowych, które obejmuje wyłącznie fundacje i stowarzyszenia, z wyłączeniem Ochotniczych Straży Pożarnych.

⁵ Przy czym 29% deklaruje je jako źródło dominujące, a 4% jako jedyne źródła finansowania swojej działalności.

⁶ 2% fundacji i stowarzyszeń określiło to źródło jako dominujące.

⁷ Dla 5% jest to źródło dominujące.

⁸ Pozyskiwanych za pośrednictwem polskich instytucji. Przy czym w 6% fundacji i stowarzyszeń jest to źródło dominujące.

acji, gdy fundacje i stowarzyszenia w ramach dokonywanych zakupów wydatkują środki pochodzące od określonych w ustawie przedstawicieli sektora publicznego, realizując przy tym zadania w interesie publicznym, w szczególności zadania publiczne objęte zakresem właściwości podmiotów finansujących ich realizację. Należy jednak zaznaczyć, że czynnik sprawczy aktywizacji obowiązku zamówieniowego fundacji lub stowarzyszenia mogą stanowić przejawy więzi z sektorem publicznym, które nie wykazują charakteru finansowego lub nie stanowią przejawu wykorzystywania środków publicznych. Wątpliwości w zakresie uzasadnienia takiego obowiązku mogą w szczególności wystąpić w przypadkach, gdy ustawa wiąże go ze stanem zależności od sektora publicznego o charakterze jedynie organizacyjnym lub z faktem otrzymywania wsparcia finansowego ze strony podmiotów niezaliczanych do sektora finansów publicznych.

Zdaniem autora, zakres podmiotowy obowiązku przestrzegania procedur zamówień publicznych powinien być determinowany przez pryzmat funkcji systemu zamówień i nie powinien wykraczać poza zakres niezbędny do ich realizacji. Z tego też względu, analiza poszczególnych przesłanek uznania fundacji lub stowarzyszenia za instytucję zamawiającą powinna następować z uwzględnieniem funkcjonalnego ujęcia zamówień publicznych. Podstawowa zatem kwestia, którą należy objąć zakresem rozważań sprowadza się do ustalenia cech ustrojowych fundacji i stowarzyszeń, czy też przesłanek zewnętrznych, których wystąpienie implikuje uznanie danych jednostek za element rynku zamówień publicznych po stronie popytowej, a co za tym idzie za podmiot, którego działanie w toku wydatkowania środków finansowych wymaga regulacji oraz kontroli z punktu widzenia prawidłowego funkcjonowania systemu publicznych zakupów.

Z wykorzystaniem tak określonej optyki spojrzenia, analizie poddane zostaną przepisy polskiego prawa zamówień publicznych regulujące podmiotowy zakres obowiązku zamówieniowego. Podstawy prawne polskiego systemu zamówień pozostają w immanentnym związku z unijnym porządkiem prawnym. Szczególnym kryterium oceny krajowych przepisów będzie ich zgodność z właściwymi regulacjami europejskiego prawa zamówień publicznych, zarówno z punktu widzenia prawidłowej implementacji przepisów dyrektyw, jak również przez pryzmat zasad wynikających z prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Uwzględnienie wymogów prawa traktatowego będzie szczególnie potrzebne w zakresie analizy krajowych przepisów, które nakładają obowiązek udzielania zamówień na podmioty prywatne, jednocześnie nie posiadając swoich odpowiedników na gruncie unijnych dyrektyw.

Punktem wyjścia rozważań nad przesłankami powstania po stronie fundacji lub stowarzyszenia obowiązku przestrzegania procedur zamówieniowych będzie zatem analiza właściwych przepisów prawa unijnego. Taka metodyka pozostaje w zgodzie z wytycznymi interpretacyjnymi Trybunału Sprawiedliwości Unii Euro-

pejskiej⁹. Wskazał on, że pojęcie instytucji zamawiającej, a w szczególności podmiotu prawa publicznego, przy pomocy których określa się podmiotowy zakres obowiązku zamówieniowego, posiadają charakter autonomicznych pojęć europejskiego porządku prawnego. W toku analizy czy konkretny podmiot wypełnia przesłanki objęcia obowiązkiem udzielania zamówień, Trybunał uwzględnia przepisy prawa krajowego, jednak wyłącznie w celu ustalenia czy przesłanki określone w dyrektywach są spełnione¹⁰.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości stanowi w kontekście badanej materii najważniejsze źródło wiedzy. W szeregu wyroków Trybunał wygenerował zespół wytycznych, skierowanych zarówno do praktyki, judykatury, jak i nauki w zakresie prawa zamówień publicznych, które powinny być wykorzystywane przy ocenie statusu danej jednostki z punktu widzenia obowiązku zamówieniowego. W katalogu źródeł wykorzystywanych w trakcie rozważań, należy również wskazać na poglądy przedstawicieli doktryny zamówień publicznych. Jednakże, zauważenia wymaga kwestia, iż jest to materia, która nie spotkała się w literaturze przedmiotu ze szczegółową analizą. Przedstawiane w danym zakresie opinie zasadniczo wykazują charakter ogólny, sprowadzający się często do powtórzenia treści przepisów lub też wypracowanych w judykaturze. Należy podkreślić, że stanowisko nauki w zakresie zagadnienia obowiązku zamówieniowego fundacji i stowarzyszeń, nie tworzy spójnego i wyczerpującego daną materię zespołu poglądów, co stanowiło jeden z głównych motywów wyboru tematu badań.

Niniejsza monografia oparta jest na tezie, zgodnie z którą nałożenie obowiązku udzielania zamówień publicznych na fundacje i stowarzyszenia jest niezbędne z punktu widzenia postulatu szczelności systemu zamówień publicznych. Każdorazowa ocena wystąpienia obowiązku zamówieniowego wobec fundacji lub stowarzyszenia powinna być prowadzona przez pryzmat funkcji systemu publicznych wydatków.

Ponadto monografia obejmuje swoim zakresem analizę następujących hipotez badawczych:

1. Czy przepisy regulujące obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia sformułowane są w sposób wystarczająco precyzyjny?

⁹ Określany również jako Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Zasadniczym kryterium rozróżnienia w nazewnictwie jest okres, w którym wydano analizowane orzeczenie. W zakresie orzeczeń wydanych po wejściu w życie zmian wprowadzonych Traktatem z Lizbony, tj. po 1 grudnia 2009 r., stosowana jest nazwa Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przy czym w przypadku ogólnych rozważań, niewykazujących ścisłego związku z konkretnym orzeczeniem, pojawia się również określenie jako Trybunał Sprawiedliwości.

¹⁰ Orzeczenie ETS z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00.

2. Czy polska ustawa - Prawo zamówień publicznych stanowi przykład prawidłowej implementacji postanowień europejskich dyrektyw zamówieniowych w części dotyczącej podmiotowego zakresu obowiązku przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych?
3. Czy z uwagi na różnorodność podmiotów funkcjonujących w formach organizacyjno-prawnych fundacji i stowarzyszenia, jesteśmy w stanie określić zamknięty katalog przypadków, w których należy stwierdzić wystąpienie obowiązku zamówieniowego wobec takich podmiotów?

Zakres badań w ujęciu podmiotowym obejmuje przede wszystkim fundacje prawa prywatnego, stowarzyszenia zarejestrowane oraz związki stowarzyszeń. Tak określony zakres uzasadniony jest celem monografii, którym jest analiza przesłanek powstania obowiązku przestrzegania publicznoprawnych procedur wydatkowania środków przez podmioty niezaliczane do sektora publicznego. Tym samym, na marginesie rozważań pozostawiono w szczególności fundacje prawa publicznego oraz stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego, których obowiązek zamówieniowy nie budzi wątpliwości z punktu widzenia funkcji zamówień publicznych. Ewentualne uwagi odnośnie do wskazanych kategorii podmiotów mają na celu przedstawienie różnorodności podmiotów funkcjonujących w organizacyjno-prawnych formach fundacji i stowarzyszenia, względnie służyć przeprowadzeniu wniosku analogicznego. Ponadto poza zakresem podmiotowym prowadzonej analizy powstania obowiązku zamówieniowego pozostawiono stowarzyszenia zwykłe. Takie kategorie jednostek nie posiadają osobowości prawnej, która stanowi jeden z podstawowych elementów definicji podmiotu prawa publicznego. Najważniejszym elementem prowadzonej w monografii analizy jest natomiast ocena charakteru cech ustrojowych fundacji i stowarzyszeń, w kontekście ich znaczenia dla aktywizacji po stronie takich podmiotów obowiązku udzielania zamówień publicznych. Należy jednak wskazać, że z uwagi na nowe regulacje ustawy - Prawo o stowarzyszeniach¹¹ w zakresie stowarzyszeń zwykłych, w szczególności art. 42 ust. 3 stanowiący o uprawnieniu stowarzyszeń zwykłych do korzystania z dotacji, prowadzona analiza przesłanek obowiązku zamówieniowego o charakterze przedmiotowym, uzyskuje aktualność również odnośnie do tej kategorii podmiotów.

W ujęciu przedmiotowym, zakres rozważań obejmuje analizę przesłanek powstania obowiązku udzielania zamówień publicznych. Przy czym kluczowym zagadnieniem dla prowadzonych badań jest obowiązek zamówieniowy w ujęciu statycznym. Oznacza to, że ocenie poddawane są wyłącznie przesłanki powstania takiego obowiązku, na marginesie rozważań pozostaje natomiast kwestia sposobu jego realizacji i zasad przy tym obowiązujących. W związku z tak określonym

¹¹ Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 210).

przedmiotem badań, w publikacji zasadniczo nie uwzględnia się problematyki związanej bezpośrednio z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez fundację lub stowarzyszenie. Monografia nie obejmuje również kwestii związanych z art. 3 ust. 3a ustawy – Prawo zamówień publicznych, który określa kategorię zamawiających w postaci „związków podmiotów”. Zdaniem autora, przepis ten wykazuje związek z zakresem badań niniejszej publikacji, jednak z uwagi ograniczone wyłącznie do stowarzyszeń zastosowanie, jego analiza stanie się przedmiotem odrębnego opracowania.

Należy w tym miejscu wskazać, że niniejsza monografia powstała w okresie istotnych zmian w systemie zamówień publicznych. W marcu 2014 roku opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nowe dyrektywy zamówieniowe, mianowicie:

- dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE¹² (tzw. dyrektywa klasyczna) oraz
- dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE¹³ (tzw. dyrektywa sektorowa)¹⁴.

Wprowadzone zmiany nie wpływają jednak negatywnie na aktualność wybranego tematu badań. Przepisy określające podmiotowy zakres obowiązku udzielania zamówień publicznych stanowią stabilny element europejskiego systemu publicznych wydatków. Obowiązują bowiem w zasadniczo tożsamej treści pomimo wprowadzania kolejnych pakietów dyrektyw. Również ostatnia zmiana nie wprowadza w tym zakresie nowych rozwiązań. Stanowi to zamierzony zabieg prawodawcy unijnego. Zgodnie bowiem z motywem 10 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, zakres podmiotowy dyrektywy powinien pozostać niezmieniony, pojęcia instytucji zamawiającej oraz podmiotu prawa publicznego były wielokrotnie analizowane w ramach orzecznictwa TSUE, celowe jest zatem zachowanie definicji, na których oparł się Trybunał.

W monografii uwzględniono stan prawny obowiązujący w dniu 1 listopada 2018 roku.

¹² Dz. U. UE L Nr 94, s. 65 ze zm.

¹³ Dz. U. UE L Nr 94, s. 243 ze zm.

¹⁴ Należy również wskazać, że wraz ze wskazanymi dyrektywami opublikowano dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. U. UE L Nr 94, s. 1 ze zm.). Problematyka koncesji wykracza jednak poza zakres niniejszej monografii, z tego też względu nie zostanie ona szerzej omówiona.

ROZDZIAŁ I

ŹRÓDŁA PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ORAZ PODSTAWY PRAWNE FUNKCJONOWANIA FUNDACJI I STOWARZYSZEŃ

1.1. Podstawy prawne zamówień publicznych

1.1.1. Zamówienia publiczne w prawie Unii Europejskiej

Rozwój instytucji zamówień publicznych w prawie europejskim pozostaje w ścisłym związku z podstawowym zadaniem Unii Europejskiej, jakim jest stworzenie jednolitego rynku wewnętrznego. Poprzez likwidację barier w przepływie towarów i innych czynników produkcji, zapewniając swobodę funkcjonowania podstawowych sił konkurencji i mechanizmów rynkowych, dążono do stworzenia warunków sprzyjających rozwojowi przedsiębiorczości na całym zintegrowanym obszarze¹. Po zniesieniu ceł i kontyngentów, podstawowych przeszkód w utworzeniu wspólnego rynku, kolejnym celem stało się zapobieżenie mniej oczywistym praktykom protekcyjnym. Jedną z nich była dyskryminacja w zamówieniach publicznych, stanowiących istotny instrument interwencjonizmu państwowego, służącego do ochrony rynków krajowych państw członkowskich Unii Europejskiej².

1.1.1.1. Charakter i znaczenie regulacji traktatowych

Prawo pierwotne Unii Europejskiej nie zawiera regulacji, które *expressis verbis* dotyczą materii zamówień publicznych. Zarówno obecny Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³, jak i obowiązujący przed Traktatem Lizbońskim⁴, Traktat

¹ A. Dereń [w:] *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Tom II*, red. A. Cieśliński, Warszawa 2007, s. 702.

² A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 13.

³ Dz. U. UE. C Nr 326, s. 47.

⁴ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz. U. UE C 306 z 17.12.2007).

ustanawiający Wspólnotę Europejską⁵ oraz wcześniejszy Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą⁶, nie zawierają postanowień bezpośrednio regulujących procedury dokonywania zakupów przez organy administracji publicznej i inne podmioty prawa publicznego, funkcjonujące w poszczególnych państwach członkowskich⁷. Już jednak w okresie obowiązywania Traktatu ustanawiającego EWG, prawo pierwotne stanowiło źródło pewnych fundamentalnych zasad, które w sposób pośredni odnoszą się także do rynku zamówień publicznych⁸.

Do najważniejszych przepisów TFUE, które znajdują zastosowanie w systemie zamówień publicznych, należą w szczególności:

- Art. 18 TFUE⁹ ustanawiający zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość. Państwa członkowskie Unii Europejskiej zobowiązane są do jednakowego traktowania wszystkich podmiotów, niezależnie od ich przynależności państwowej. Zabrania się dyskryminacji w szerokim tego słowa znaczeniu. Chodzi tu mianowicie o każdy przypadek gorszego traktowania osób fizycznych i prawnych z innych państw członkowskich w stosunku do krajowych podmiotów. Szczególnie znaczenie ma zakaz tzw. pośredniej dyskryminacji, polegającej na wprowadzaniu wymogów, które trudniej jest spełnić podmiotom zagranicznym oraz wszelkich innych form preferowania krajowych przedsiębiorców¹⁰. Zastosowanie art. 18 TFUE jest jednak możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego przepis Traktatu nie przewiduje szczegółowego zakazu dyskryminacji, wynikającego w szczególności z art. 45, art. 49 lub art. 56 TFUE. Przyjmuje się bowiem, iż przepis art. 18 TFUE, charakteryzując się szerszym zakresem zastosowania niż przepisy szczególne, pełni swoistą funkcję wypełniania luk (ang. gap filling function)¹¹.

⁵ Dz. U. UE C 321 E z 29.12.2006.

⁶ Niepubl. w Dz. U. UE.

⁷ Wyjątek stanowi art. 199 ust. 4 TFUE (dawny art. 183 ust. 4 TWE), który odnosi się do stowarzyszenia krajów i terytoriów zamorskich i stanowi, iż w przypadku inwestycji finansowanych przez Unię Europejską udział w przetargach i dostawach jest otwarty na równych warunkach dla wszystkich osób fizycznych i prawnych, które mają przynależność Państwa Członkowskiego lub jednego z krajów i terytoriów zamorskich. Wskazać również należy na art. 179 ust. 2 TFUE (dawny art. 163 ust. 2 TWE), zgodnie z którym Unia sprzyja przedsiębiorstwom, w tym małym i średnim, ośrodkom badawczym i uniwersytetom w ich wysiłkach badawczych i rozwoju technologicznym wysokiej jakości; wspiera ich wysiłki w zakresie wzajemnej współpracy, zmierzając w szczególności do umożliwienia naukowcom swobodnej współpracy ponad granicami, a przedsiębiorstwom – pełnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego, zwłaszcza poprzez otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych.

⁸ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 16.

⁹ Dawny art. 12 TWE.

¹⁰ A. Dereń [w:] *Wspólnotowe prawo...*, *op. cit.*, s. 708-709.

¹¹ M. Królikowska-Olczak, *Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej* [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii*

- Art. 34 TFUE¹² odnoszący się do swobody przepływu towarów. Przepis ten ma na celu likwidację wszelkich czynników negatywnie wpływających na handel wewnątrz Unii Europejskiej. Zakazane jest wprowadzanie między państwami Unii ograniczeń importu, jak również wszystkich innych środków o podobnym skutku¹³. Oznacza to, że bez znaczenia jest to czy zastosowany środek w sposób bezpośredni utrudnia import towarów z innych państw członkowskich, czy też stanowi wyłącznie pośrednią przeszkodę w handlu takimi towarami. Zdaniem ETS¹⁴, w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych, charakter środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych posiadają w szczególności: wymaganie przedstawienia świadectwa pochodzenia towaru, wprowadzenie ograniczenia importu do określonych pór dnia lub roku, kontrole sanitarne oraz fitosanitarne podczas importu, ograniczenie liczby importerów, określenie maksymalnej ceny wyłącznie w stosunku do dóbr importowanych¹⁵.
- Art. 49 TFUE¹⁶, który nakłada na państwa członkowskie Unii Europejskiej obowiązek stworzenia warunków zapewniających wolny dostęp do rozpoczynania i wykonywania działalności gospodarczej, jak również do zakładania przedsiębiorstw na całym zintegrowanym obszarze. Istotą swobody przedsiębiorczości stanowi możliwość przemieszczania się oraz osiedlania w celu założenia przedsiębiorstwa, jak również możliwość wykonywania działalności gospodarczej przez czas nieoznaczony przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa utworzonego na terytorium innego państwa członkowskiego¹⁷. Przykładem naruszenia art. 49 TFUE jest ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie do przedsiębiorstw, które w całości lub w przeważającej części stanowią własność państwa, w którym zamówienie ma

Europejskiej, red. A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, Łódź 2010, s. 10-11.

¹² Dawny art. 28 TWE.

¹³ ETS w orzeczeniu z dnia 11 lipca 1974 r. w sprawie C-8/74 zdefiniował środki o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych jako wszelkie zasady handlu, które bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie wpływają na handel wewnątrz Unii Europejskiej, szerzej zob. R. Skubisz [w:] *Prawo europejskie. Zarys wykładu*, red. R. Skubisz, E. Skrzydło-Tefelska, Lublin 2006, s. 216 i n.

¹⁴ Zob. orzeczenie ETS z dnia 15 grudnia 1976 r. w sprawie C-35/76, orzeczenie ETS z dnia 15 grudnia 1976 r. w sprawie C-41/76, orzeczenie ETS z dnia 7 kwietnia 1981 r. w sprawie C-132/80, orzeczenie ETS z dnia 7 czerwca 1985 r. w sprawie C-154/85, orzeczenie ETS z dnia 21 czerwca 1988 r. w sprawie C-127/87.

¹⁵ A. Górczyńska, *Zasady wspólnotowego prawa zamówień publicznych* [w:] *Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki*, red. M. Królikowska-Olczak, Warszawa 2005, s. 33.

¹⁶ Dawny art. 43 TWE.

¹⁷ J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego*, Toruń 1995, s. 250.

być realizowane¹⁸. Swoboda przedsiębiorczości może również zostać naruszona poprzez stosowanie przez zamawiającego preferencji regionalnych, w postaci udzielania zamówień publicznych wyłącznie wykonawcom mającym siedzibę na określonym terytorium¹⁹.

- Art. 56 TFUE²⁰ wprowadzający swobodę świadczenia usług na terytorium Unii Europejskiej, bez konieczności zakładania i prowadzenia przedsiębiorstwa w państwie członkowskim, w którym usługa ma być świadczona. Omawiany przepis ustanawia zarówno zakaz wprowadzania nowych, jak również wymóg eliminacji istniejących ograniczeń w świadczeniu usług wewnątrz Unii. Do naruszenia art. 56 TFUE może dojść w szczególności w drodze bezpośredniej dyskryminacji podmiotów zagranicznych poprzez ograniczenie lub uniemożliwienie im dostępu do krajowego rynku zamówień publicznych. Przykładem takiej sytuacji może być wprowadzenie wymogu, aby wszyscy wykonawcy ubiegający się o dane zamówienie publiczne zarezerwowali określoną część prac dla podwykonawców, mających siedzibę w regionie, w którym zamówienie ma być realizowane²¹. Innym przykładem dyskryminacji może być wprowadzenie w warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymogu uzyskania, wyłącznie przez zagranicznych wykonawców, wpisu w specjalnym rejestrze, żądanie od nich udzielenia dodatkowych gwarancji lub też przedstawiania określonego pozwolenia²².
- Art. 101 TFUE²³ wprowadzający zasadę ochrony konkurencji. W szczególności zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, decyzje przedsiębiorstw oraz wszelkie formy uzgodnionych praktyk, mające wpływ na handel wewnątrz Unii Europejskiej, a których celem byłaby eliminacja lub ograniczenie konkurencji na wolnym rynku²⁴. Przykładem naruszenia tego przepisu mogą być zmony cenowe wykonawców ubiegających się o określone zamówienie publiczne, które mają na celu uniemożliwienie skutecznego uczestnictwa w danym postępowaniu podmiotom gospodarczym pochodzącym z innych państw członkowskich.

Postanowienia TFUE stanowią podstawowe źródło regulacji, których przedmiotem jest funkcjonowanie rynku wewnętrznego w Unii Europejskiej, którego

¹⁸ Zob. orzeczenie ETS z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88.

¹⁹ A. Górczyńska, *Zasady wspólnotowego...*, op. cit., s. 39.

²⁰ Dawny art. 49 TWE.

²¹ Zob. orzeczenie ETS z dnia 3 czerwca 1992 r. w sprawie C-360/89.

²² A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne...*, op. cit., s. 155.

²³ Dawny art. 81 TWE.

²⁴ D. Piasta, *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, red. B. Wawrzyńczak-Jędryka, Warszawa 2008, s. 1191-1193.

integralną częścią jest rynek zamówień publicznych. Jest to szczególnie istotne z uwagi na fakt, iż zasady Traktatu obowiązują erga omnes, także w odniesieniu do dokonywania zakupów, w przypadku których zamawiający korzystają z przedmiotowych lub podmiotowych wyłączeń spod regulacji dyrektyw, na mocy których nastąpiła szczegółowa regulacja procedur udzielania zamówień publicznych²⁵.

Wpływ przepisów europejskiego prawa pierwotnego na system zamówień publicznych jest szczególnie znaczący z uwagi na fakt, iż udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad Traktatu niezależnie od wartości zamówienia. Natomiast przepisy dyrektyw zamówieniowych aktualizują się jedynie w odniesieniu do zamówień, których wartość przekracza określone progi kwotowe. Należy jednak podkreślić, że nawet w przypadku zamówień, w stosunku do których regulacje dyrektyw znajdują zastosowanie, traktatowe zasady rynku wewnętrznego Unii Europejskiej w sposób pośredni pozostają źródłem wytycznych, ponieważ dyrektywy regulują postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o zasady Traktatu oraz w celu umożliwienia ich skutecznego zastosowania.

Znaczenie postanowień traktatowych w procedurach udzielania zamówień publicznych było wielokrotnie podkreślane w orzeczeniach ETS²⁶, który w szeregu sprawach dotyczących zamówień publicznych stosował bezpośrednio regulacje Traktatów. Wynika z tego, iż naruszenie przepisów regulujących udzielanie zamówień może jednocześnie stanowić naruszenie odpowiednich przepisów prawa pierwotnego²⁷.

Również Komisja Europejska w „Komunikacie wyjaśniającym dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych”²⁸, podkreśla oddziaływanie przepisów Traktatu na przebieg postępowań zamówieniowych. Zgodnie z Komunikatem, na podmiotach zamawiających, które pochodzą z państw członkowskich UE ciąży obowiązek przestrzegania postanowień i zasad zawartych w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską²⁹ w każdym przypadku, gdy zawierają umowy w ramach zamówień publicznych, które objęte są zakresem tego Traktatu. Należy bowiem wskazać, że warunkiem zastosowania

²⁵ H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 11.

²⁶ Zob. orzeczenie ETS z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie C-76/81, orzeczenie ETS z dnia 20 września 1988 r. w sprawie C-31/87, orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88.

²⁷ A. Górczyńska, *Zasady wspólnotowego...*, *op. cit.*, s. 27.

²⁸ Dz. U. UE z 1. 8. 2006, 2006/C 179/02.

²⁹ Obecnie: Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

norm zaczerpniętych z Traktatu do procedur udzielania zamówień publicznych jest odpowiedni stopień powiązania danego zamówienia z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego. Zdaniem ETS, z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego, podmioty gospodarcze z siedzibą w innych państwach członkowskich mogą nie wykazywać zainteresowania uzyskaniem określonego publicznego kontraktu. W takich sytuacjach skutki dla podstawowych swobód należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie, by uzasadniały stosowanie norm uregulowanych w pierwotnym prawie europejskim³⁰.

W doktrynie przyjmuje się³¹, iż z postanowień pierwotnego prawa Unii Europejskiej wynikają jedynie reguły, które cechuje charakter negatywny. Oznacza to, że przyjmują one postać zakazów odnoszących się do praktyk dyskryminacyjnych. Postanowienia Traktatu mają przede wszystkim za zadanie powstrzymać państwa członkowskie od stosowania środków, które stanowiłyby przeszkody lub utrudnienia w handlu wewnątrz Unii Europejskiej, w tym w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych. Nie można natomiast z przepisów prawa pierwotnego wywodzić reguł pozytywnych, które określałyby zasady udzielania zamówień³².

Komisja Europejska w oficjalnych komentarzach do dyrektyw stwierdza, że wynikający z Traktatu ogólny zakaz stosowania środków dyskryminujących oraz niesprawiedliwego traktowania, samodzielnie nie stanowiły środków wystarczających do ustanowienia jednolitego rynku w specyficznym obszarze zamówień publicznych. W szczególności różnice pomiędzy przepisami obowiązującymi w porządkach prawnych poszczególnych państw członkowskich, jak również brak obowiązku otwarcia rynków zamówień publicznych dla konkurencji w skali całej Unii Europejskiej stanowiły czynniki umożliwiające zamknięcie krajowych rynków dla wykonawców z innych państw Unii. Komisja podkreśla zaistniałą potrzebę wprowadzenia legislacji, która zapewniałaby otwarcie zamówień publicznych w skali całej Unii dla przedsiębiorców ze wszystkich państw członkowskich. Przy czym postulowane regulacje miały na celu urzeczywistnienie zasady równego traktowania w stosunku do wszystkich wykonawców oraz zwiększenie przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych, co miało zapewnić ich pełną zgodność z zasadami rynku wewnętrznego wynikającymi z Traktatu³³.

³⁰ Zob. orzeczenie ETS z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03.

³¹ Zob. A. Dereń [w:] *Wspólnotowe prawo...*, op. cit., s. 706, M. Lemke [w:] *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, red. M. Lemke, Warszawa 2001, s. 10.

³² A. Górczyńska, *Zasady wspólnotowego...*, op. cit., s. 27-28.

³³ Zob. Komisja Europejska, *Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts*, 1997, par. 2.1.

1.1.1.2. Ewolucja wtórnego prawa Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych

Problematyka zamówień publicznych stała się przedmiotem szczegółowych regulacji na poziomie wtórnego prawa Unii Europejskiej, a podstawowymi aktami prawnymi, przy wykorzystaniu których nastąpiła harmonizacja prawa zamówień publicznych, są dyrektywy. Pierwsze regulacje, mianowicie dyrektywa Rady 64/429/EWG³⁴ z 7 lipca 1964 r. o urzeczywistnieniu swobody świadczenia usług i swobody prowadzenia działalności gospodarczej, dyrektywa Komisji 70/32/EWG³⁵ z 17 grudnia 1969 r. o dostawach dla organów państwowych, samorządowych i innych instytucji publicznych oraz dyrektywa Rady 71/304/EWG³⁶ z 26 lipca 1971 r. o usuwaniu przeszkód w swobodzie świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane, miały przede wszystkim na celu likwidację barier narodowych oraz stosowanych systemów krajowych preferencji, które negatywnie wpływały na wewnątrzspółnotową wymianę handlową³⁷.

Już jednak na początku lat siedemdziesiątych Komisja Europejska doszła do wniosku, że harmonizacja krajowych systemów zamówień publicznych jest niezbędna dla liberalizacji oraz pełnego wdrożenia zasad rynku wewnętrznego. Pierwszym rodzajem zamówień publicznych, w stosunku do których wprowadzono szczegółową regulację, były zamówienia na roboty budowlane. W dniu 26 lipca 1971 r. przyjęto dyrektywę 71/305/EWG³⁸ koordynującą krajowe procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Dyrektywa wprowadziła jednolity europejski system udzielania zamówień, którego zasadniczym celem była realizacja postulatu zwiększenia przejrzystości procedur, większej konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców pochodzących z innych państw członkowskich³⁹. Warto w tym miejscu wskazać, iż główne zasady oraz szereg szczegółowych rozwiązań wprowadzonych na mocy omawianej dyrektywy, obowiązują w systemie zamówień publicznych do dnia dzisiejszego. Dyrektywa przewidywała w szczególności obowiązek publikacji ogłoszeń o zamówieniach w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, określała niedyskryminacyjne zasady sporządzania specyfikacji technicznych, regulowała przesłanki wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu, jak również wprowadziła reguły wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o obiektywne kryteria⁴⁰.

³⁴ Dz. U. 117 z 23.7.1964, s. 1880-1892.

³⁵ Dz. U. L 13 z 19.1.1970, s. 1-3.

³⁶ Dz. U. L 185 z 16.8.1971, s. 1-4.

³⁷ M. Lemke [w:] *Zamówienia publiczne...*, *op. cit.*, s. 10.

³⁸ Dz. U. WE L 185 z 18.8.1971, s. 5.

³⁹ A. Sołtyśńska, *Europejskie...*, *op. cit.*, s. 17.

⁴⁰ M. Lemke [w:] *Zamówienia publiczne...*, *op. cit.*, s. 11.

Kolejnym krokiem na drodze do pełnej liberalizacji europejskiego rynku zamówień publicznych było przyjęcie w dniu 21 grudnia 1976 r. dyrektywy 77/62/EWG⁴¹ koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy. Wprowadzone w niej zasady oraz praktycznie wszystkie instytucje pokrywały się z treścią dyrektywy dotyczącej zamówień publicznych na roboty budowlane. ETS stwierdził, iż regulacje zawarte w obu dyrektywach są na tyle zbieżne, że jego orzeczenia wydane w oparciu o jedną z dyrektyw mają również zastosowanie do stanów faktycznych objętych regulacją drugiej z nich⁴².

W 1986 r. ogłoszony został plan stworzenia jednolitego rynku wewnętrznego, którego jednym z założeń było podjęcie prac legislacyjnych, mających na celu zwiększenie skuteczności unijnych regulacji dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych⁴³. W ramach bowiem przedstawionej w czerwcu 1985 r. przez Komisję Europejską „Białej księgi na temat wdrażania rynku wewnętrznego”, stan implementacji dyrektyw odnoszących się do zamówień publicznych w poszczególnych państwach członkowskich oceniony został bardzo krytycznie⁴⁴. Podjęte w celu nowelizacji obowiązujących dyrektyw prace legislacyjne doprowadziły do przyjęcia w dniu 22 marca 1988 r. dyrektywy 88/295/EWG⁴⁵ dotyczącej zamówień publicznych na dostawy oraz w dniu 18 lipca 1989 r. dyrektywy 89/440/EWG⁴⁶, która odnosiła się do zamówień na roboty budowlane. Przy wykorzystaniu nowych regulacji zmniejszono zakres wyłączeń spod regulacji dyrektyw, ograniczono możliwość stosowania negocjacyjnych trybów udzielania zamówień, zwiększono zakres obowiązków związanych z publikacją ogłoszeń o zamówieniach i zachowaniem terminów składania ofert, jak również dokonano uściślenia zakresu przedmiotowego dyrektyw⁴⁷.

Następnym etapem ewolucji unijnych regulacji dotyczących rynku zamówień publicznych było przyjęcie w dniu 18 czerwca 1992 r. dyrektywy Rady 92/50/EWG⁴⁸ koordynującej procedury udzielania zamówień na usługi. Jej unormowania w przeważającej części pokrywały się z postanowieniami dyrektyw dotyczących robót budowlanych oraz dostaw. Z kolei w dniu 14 czerwca 1993 r. przyjęto dyrektywę 93/37/EWG⁴⁹ koordynującą procedury udzielania zamówień publicz-

⁴¹ Dz. U. WE L 13 z 15.1.1977, s. 1.

⁴² M. Lemke [w:] *Zamówienia publiczne...*, *op. cit.*, s. 11.

⁴³ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 18.

⁴⁴ M. Lemke [w:] *Zamówienia publiczne...*, *op. cit.*, s. 11.

⁴⁵ Dz. U. WE L 127 z 20.5.1988, s. 1.

⁴⁶ Dz. U. WE L 210 z 21.7.1989, s. 1.

⁴⁷ A. Dereń [w:] *Wspólnotowe prawo...*, *op. cit.*, s. 711-712.

⁴⁸ Dz. U. WE L 209 z 24.7.1992, s. 1.

⁴⁹ Dz. U. WE L 199 z 9.8.1993, s. 54.

nych na roboty budowlane, w ramach której nastąpiła konsolidacja oryginalnej dyrektywy dotyczącej zamówień na roboty budowlane 71/305/EWG z nowelizującą ją dyrektywą 89/440/EWG. Analogicznie, dyrektywy 77/62/EWG i 88/295/EWG zostały zastąpione dyrektywą 93/36/EWG⁵⁰ z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy. W ten sposób prawodawca unijny ustanowił podstawy prawne udzielania zamówień publicznych, które obowiązywały przez dłuższy czas⁵¹.

W dniu 13 października 1997 r. przyjęto dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE⁵², na mocy której nastąpiła nowelizacja dyrektyw 92/50/EWG, 93/36/EWG oraz 93/52/EWG. Zmiana przepisów była konieczna w związku z przystąpieniem Wspólnot Europejskich do Porozumienia w sprawie Zamówień Rządowych⁵³ i miała na celu dostosowanie unijnych przepisów do jego postanowień, a w szczególności otwarcie europejskiego rynku zamówień publicznych dla przedsiębiorców pochodzących z państw-sygnatariuszy GPA.

Ponadto w dniu 13 września 2001 r. Komisja Europejska przyjęła dyrektywę 2001/78/WE⁵⁴, za pomocą której dokonano zmiany załączników dyrektyw 92/50/EWG, 93/37/EWG i 93/36/EWG, dotyczących formularzy do publikacji ogłoszeń o wszczęciu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego⁵⁵.

Unijne regulacje zamówień publicznych obejmujące dyrektywy 92/50/EWG, 93/37/EWG oraz 93/36/EWG tworzą reżim prawny tzw. dyrektyw klasycznych. Obok niego funkcjonuje dodatkowo reżim dyrektywy sektorowej. Pod pojęciem

⁵⁰ Dz. U. WE 199 z 9.8.1993, s. 1.

⁵¹ A. Sołtyśńska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 18.

⁵² Dz. U. WE L 328 z 28.11.1997, s. 1.

⁵³ Porozumienie w sprawie Zakupów Rządowych (ang. Government Procurement Agreement) stanowi wielostronną umowę zawartą w ramach Światowej Organizacji Handlu. Przedmiotem jej regulacji są procedury udzielania zamówień publicznych przez rządy państw-stron GPA. W chwili obecnej stronami Porozumienia jest 41 państw, w tym wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej. Podpisanie GPA, które miało miejsce w dniu 15 kwietnia 1994 r. w Marakeszu, uznawane jest za jedno z najważniejszych wydarzeń w historii międzynarodowego systemu zamówień publicznych, obok przyjęcia w tym samym roku rozwiązań w ramach UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), czy w ramach NAFTA (North America Free Trade Agreement). GPA stanowi obecnie najważniejsze porozumienie międzynarodowe z zakresu zamówień publicznych. Należy podkreślić, że regulacje dyrektyw Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych są w pełni zgodne z postanowieniami zawartymi w GPA; tak: H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne...*, *op. cit.*, s. 15-16; szerzej zob. D. Piasta, *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu. Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)*, Warszawa 2001.

⁵⁴ Dyrektywa Komisji Europejskiej 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. w sprawie stosowania standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń o zamówieniach publicznych (Dz. U. UE L 285, s. 1).

⁵⁵ A. Dereń [w:] *Wspólnotowe prawo...*, *op. cit.*, s. 713.

zamówień sektorowych rozumie się zamówienia udzielane przez przedsiębiorstwa, które działają w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Stanowią one specyficzną część rynku zamówień publicznych ze względu na fakt udzielania zamówień w sferze użyteczności publicznej. Dodatkowo podmioty występujące w roli zamawiających sektorowych mogą w pewnych przypadkach podlegać pod regulacje prawa publicznego, w innych zaś pod przepisy prawa prywatnego⁵⁶. Z uwagi na swoisty charakter takich zamówień zaistniała konieczność uregulowania ich w sposób odmienny niż przewidują to postanowienia dyrektyw klasycznych. Potrzebna była regulacja bardziej elastyczna, zakładająca pewnie udogodnienia i przywileje dla zamawiających⁵⁷.

Pierwszym sektorem, wobec którego wprowadzono regulacje dotyczące zamówień publicznych był sektor telekomunikacji. W 1988 r. Komisja Europejska opublikowała dyrektywę 88/301/EWG⁵⁸ dotyczącą konkurencji na rynkach urządzeń i wyposażenia służącego do świadczenia usług telekomunikacyjnych. W 1990 r. przyjęto dyrektywę 90/531/EWG⁵⁹, która regulowała procedury udzielania zamówień publicznych przez jednostki działające w sektorach wodnym, energetyki, transportu i telekomunikacji. W 1992 r. nastąpiło rozszerzenie unijnych regulacji na zamówienia publiczne na usługi⁶⁰, w związku z czym zakres przedmiotowy dyrektywy sektorowej również rozszerzono o zamówienia na usługi. Nastąpiło to w drodze przyjęcia w dniu 14 czerwca 1993 r. dyrektywy Rady 93/38/EWG⁶¹. Niektóre jej postanowienia zostały zmienione na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE⁶² z dnia 16 lutego 1998 r., a następnie w wyniku przyjęcia w dniu 13 września 2001 r. dyrektywy Komisji 2001/78/WE zmianie uległy załączniki do dyrektywy w zakresie standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń o zamówieniach publicznych⁶³.

W 1996 r. Komisja Europejska podjęła się weryfikacji dyrektyw odnoszących się do dziedziny zamówień publicznych. Zaproszono również wszystkich zainteresowanych do udziału w konsultacjach, uzyskując ponad trzysta opinii. Wskazywały one m.in. na liczne uchybienia natury redakcyjnej, braki w systemie kontroli oraz nadmierną formalizację procedur⁶⁴.

⁵⁶ W związku z czym konieczne było autonomiczne określenie zakresu podmiotowego takich zamówień, tak: A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 20.

⁵⁷ H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne...*, *op. cit.*, s. 12.

⁵⁸ Dz. U. WE L 131 z 27.5.1988, s. 73.

⁵⁹ Dz. U. WE L 297 z 29.10.1990, s. 1.

⁶⁰ Przyjęto dyrektywę 92/50/EWG.

⁶¹ Dz. U. WE L 199 z 9.8.1993, s. 84.

⁶² Dz. U. WE L 101 z 1.4.1998, s. 1.

⁶³ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 20-21.

⁶⁴ A. Dereń [w:] *Wspólnotowe prawo...*, *op. cit.*, s. s. 714.

Zgodnie z przyjętą podczas szczytu Rady Europejskiej w Lizbonie w marcu 2000 r. Strategii Lizbońskiej, jednym z elementów reformy polityki gospodarczej oraz udoskonalania zasad rynku wewnętrznego Unii Europejskiej była reforma systemu zamówień publicznych. Rezultatem przeprowadzonych analiz skuteczności funkcjonowania dotychczasowych regulacji zamówień publicznych były projekty dwóch nowych dyrektyw. Miały one na celu przede wszystkim modyfikację procedur i uproszczenie przepisów zawartych w starych dyrektywach. W miejsce trzech dyrektyw, odnoszących się oddzielnie do zamówień na usługi, dostawy i roboty budowlane, zaproponowano jeden skonsolidowany akt prawny. Zmianie uległ układ przepisów, przez co dostosowano je do kolejności poszczególnych czynności w procedurze udzielania zamówienia. Zmniejszono również liczbę progów, których przekroczenie skutkuje obowiązkiem stosowania przepisów dyrektyw⁶⁵. W realizacji tych postulatów przyjęto następujące akty prawne:

- dyrektywa 2004/18/WE⁶⁶ Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, która zastąpiła stare dyrektywy 92/50/EWG, 93/36/EWG oraz 93/37/EWG,
- dyrektywa 2004/17/WE⁶⁷ Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, która zastąpiła dyrektywę 93/38/EWG.

Z uwagi na specyfikę zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, wynikającą w szczególności z konieczności ochrony informacji niejawnych, praktyczne zastosowanie powyższych dyrektyw do zakupów w tych dziedzinach było w znacznym stopniu ograniczone. Jak wskazała Komisja Europejska w swoim komunikacie z dnia 7 grudnia 2006 r.⁶⁸, konieczne było opracowanie nowej dyrektywy, uwzględniającej newralgiczny charakter wielu zamówień dokonywanych w sektorach obronności i bezpieczeństwa. W dniu 13 lipca 2009 r. Parlament Europejski i Rada przyjęły dyrektywę 2009/81/WE⁶⁹ w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (tzw. dyrektywa obronna)⁷⁰.

⁶⁵ D. Piasta, *Unia Europejska...*, op. cit., Warszawa 2008, s. 1194-1195.

⁶⁶ Dz. U. UE L 134, s. 114.

⁶⁷ Dz. U. UE L 134, s. 1.

⁶⁸ Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności [COM (2006) 779].

⁶⁹ Dz. U. UE L 216, s. 76 ze zm.

⁷⁰ Szerzej zob. M. Bendorf-Bundorf, *Bezpieczeństwo informacji a obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych do zakupów w dziedzinie bezpieczeństwa w świetle prawa Unii*

W dniu 28 marca 2014 r. nastąpiła publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nowego pakietu dyrektyw, na który składają się:

- dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE⁷¹ (tzw. dyrektywa klasyczna) oraz
- dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE⁷² (tzw. dyrektywa sektorowa).

Nowe regulacje w zakresie zamówień publicznych stanowią element realizacji celów strategii „Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu”⁷³, wśród których wskazuje się w szczególności na wspieranie niskoemisyjnej gospodarki, opartej na skutecznej konkurencji, wiedzy i innowacjach oraz posiadającej wysoki poziom zatrudnienia. Zamówienia publiczne uznawane są za istotny element rynku, który może w znaczący sposób przyczynić się do efektywnej realizacji zakładanych celów. Zasadniczo jako główne cele nowych dyrektyw zamówieniowych wskazać można: poprawę skuteczności publicznych wydatków, do czego dąży się poprzez uproszczenie i uelastycznienie obowiązujących procedur udzielania zamówień publicznych⁷⁴ oraz ułatwienie zamawiającym wykorzystywania zamówień publicznych jako instrumentu do realizacji celów społecznych i z zakresu ochrony środowiska⁷⁵. Państwa członkowskie zostały zobowiązane do zaimplementowania postanowień nowych dyrektyw do krajowych porządków prawnych w terminie do dnia 18 kwietnia 2016 r.⁷⁶, przy możliwości wydłużenia

Europejskiej [w:] Nauka o bezpieczeństwie. Istota, przedmiot i kierunki rozwoju. Studia i materiały, red. L. Grochowski, A. Letkiewicz, A. Misiuk, Szczytno 2011, s. 481-488.

⁷¹ Dz. U. UE L Nr 94, s. 65 ze zm.

⁷² Dz. U. UE L Nr 94, s. 243 ze zm.

⁷³ Komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowany Europa 2020: Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu [COM (2010) 2020].

⁷⁴ W szczególności dzięki promocji pozacenowych kryteriów oceny ofert, skróceniu terminów na składanie ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co związane jest z obowiązkiem przejścia na komunikację elektroniczną w postępowaniu, wprowadzeniu nowego trybu udzielania zamówień w postaci partnerstwa innowacyjnego, uelastycznieniu warunków skorzystania m.in. z trybu dialogu konkurencyjnego.

⁷⁵ Między innymi poprzez wprowadzenie nowego reżimu dla zamówień na usługi społeczne, nałożenie na państwa członkowskie obowiązku zapewnienia, że wykonawcy realizujący zamówienia działać będą zgodnie z wymogami wynikającymi z prawa środowiskowego, prawa pracy oraz prawa socjalnego.

⁷⁶ W Polsce prace legislacyjne nie zostały zakończone w terminie, w związku z czym Urząd Zamówień Publicznych wydał komunikat stwierdzający obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp z uwzględnieniem zasady bezpośredniej skuteczności dyrektyw w przypadku postępowań, w których wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych.

tego terminu w zakresie przepisów regulujących komunikację elektroniczną w postępowaniu o udzielenie zamówienia do dnia 18 października 2018 r.⁷⁷.

Obecnie podstawowymi dyrektywami regulującymi procedury udzielania zamówień publicznych są więc dyrektywy 2014/24/UE, 2014/25/UE oraz dyrektywa 2009/81/WE, należy jednak pamiętać o poprzednio obowiązujących regulacjach z uwagi na fakt, iż wiele orzeczeń ETS wydanych zostało w oparciu o przepisy starych dyrektyw. Dawne orzeczenia Trybunału będą również znajdować zastosowanie do obecnie obowiązujących przepisów, z uwagi na to, że wiele postanowień obowiązujących w ówczesnym reżimie prawnym zamówień zachowało swoją aktualność. Chodzi tu w szczególności o przepisy określające podmiotowy oraz przedmiotowy zakres zastosowania dyrektyw, regulacje dotyczące etapu kwalifikacji wykonawców czy też kryteriów oceny ofert⁷⁸.

Dodatkowo na europejski system prawny zamówień publicznych składają się tzw. dyrektywy odwoławcze, regulujące procedury i środki odwoławcze, które przysługują wykonawcom w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych:

- dyrektywa Rady 89/665/EWG⁷⁹ z 21 dnia grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane,
- dyrektywa Rady 92/13/EWG⁸⁰ z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

Obie dyrektywy zostały następnie istotnie zmodyfikowane na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE⁸¹ z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych⁸².

Zgodnie z art. 288 TFUE⁸³, dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, po-

⁷⁷ Szerzej zob. M. Olejarz (red.) [w:] *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji - nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2015, s. 7-9.

⁷⁸ A. Sołtyśńska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 22-23.

⁷⁹ Dz. U. WE L 395 z 30.12.1989, s. 33.

⁸⁰ Dz. U. WE L 76 z 23.3.1992, s. 14.

⁸¹ Dz. U. UE L 335 z 20.12.2007, s. 31.

⁸² Szerzej zob. D. Piasta (red.), *Dyrektywy dotyczące procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2008, s. 5 i n.

⁸³ Dawny art. 249 TWE.

zostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Oznacza to, że wymagana jest implementacja przepisów dyrektyw do krajowych porządków prawnych. Jednocześnie z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że niektóre z postanowień dyrektyw wywierają bezpośredni skutek, tzw. „direct effect”. Uzależnione jest to od sformułowania ich na tyle wyraźnie, aby mogły być stosowane samodzielnie, niezależnie od krajowych regulacji. Takie przepisy są w pełni skuteczne nawet w przypadku, gdy nie zostały wprowadzone do prawa krajowego lub wprowadzono je niewłaściwie. Podmioty prawa mogą w takiej sytuacji, dochodząc swoich praw na drodze sądowej, powoływać się bezpośrednio na postanowienia dyrektyw. Na wszystkich organach administracji publicznej ciąży jednocześnie obowiązek, bez względu na treść przepisów krajowych w danym zakresie, stosowania bezwzględnie obowiązujących postanowień zawartych w dyrektywach. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, w przypadku dyrektyw odnoszących się do zamówień publicznych bezpośredni skutek mają w szczególności postanowienia dotyczące: podmiotowego i przedmiotowego zakresu dyrektyw, procedur i ich wyboru, kryteriów stosowanych przy wyborze oferty oraz kryteriów kwalifikacji wykonawców⁸⁴.

Ponadto katalog źródeł prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej obejmuje grupę rozporządzeń Komisji Europejskiej. Do najważniejszych z nich należą w szczególności:

- rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986⁸⁵ z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011,
- rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7⁸⁶ z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia,
- rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 213/2008⁸⁷ z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV.

Opisując problematykę źródeł unijnego prawa zamówień publicznych należy również wskazać na orzecznictwo TSUE, które wspomaga efektywne stosowanie

⁸⁴ J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 15.

⁸⁵ Dz. U. UE L Nr 296, s. 1 ze zm.

⁸⁶ Dz. U. UE L Nr 3, s. 16.

⁸⁷ Dz. U. UE L 2008 Nr 74, s. 1.

zarówno przepisów zawartych w Traktacie, jak i przepisów dyrektyw szczegółowo regulujących procedury udzielania zamówień. Art. 288 TFUE, określający katalog źródeł prawa w Unii Europejskiej⁸⁸, nie wskazuje na orzeczenia wydawane przez TSUE. Pomimo jednak, iż wyroki Trybunału nie mają charakteru formalnych źródeł prawa, w praktyce zasadniczo posiadają one rangę precedensów, co oznacza, że zainteresowane podmioty mają możliwość powołania się na orzeczenia TSUE w celu dochodzenia przysługujących im praw. Orzecznictwo Trybunału stanowi ponadto źródło wytycznych w zakresie interpretacji przepisów dotyczących zamówień publicznych. Trybunał Sprawiedliwości sformułował szereg odpowiedzi na problemy związane z procedurami udzielania zamówień publicznych, w szczególności w zakresie ich prawidłowości oraz najczęściej występujących naruszeń przepisów. Rozpatrywane sprawy obejmują zarówno wykładnię przepisów dyrektyw zamówieniowych, jak również wykładnię przepisów prawa pierwotnego, które pozostają w związku z efektywnym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej⁸⁹.

1.1.2. Kształtowanie się prawa zamówień publicznych w Polsce

1.1.2.1. Geneza zamówień publicznych

Genezy pierwszych regulacji zamówień publicznych w polskim porządku prawnym doszukujemy się w początkowym okresie II Rzeczypospolitej, kiedy to po odzyskaniu przez Polskę niepodległości w 1918 roku nastąpiła konieczność unifikacji praw zaborczych odnoszących się do tej materii⁹⁰. W dniu 15 lutego 1933 roku Sejm uchwalił ustawę o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego⁹¹. Ustawa miała charakter ramowy, wskazywała wyłącznie ogólne zasady prawne obowiązujące w sferze zamówień

⁸⁸ Katalog ten obejmuje: rozporządzenia, dyrektywy, decyzje oraz zalecenia i opinie.

⁸⁹ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 26.

⁹⁰ Na terytorium Polski obowiązywały trzy regulacje zamówień publicznych: na obszarze zaboru rosyjskiego obowiązywała rosyjska ustawa o dostawach i robotach rządowych (Zbiór Ustaw Cesarstwa Rosyjskiego, t. X, cz. 1, 1900 r.), na terytorium zaboru pruskiego funkcjonowały ogólne przepisy o udzielaniu zamówień na dostawy i roboty wydane przez pruskich Ministrów Robót Publicznych oraz Handlu i Przemysłu (Dziennik Urzędowy Pruskiego Ministerium dla Handlu i Przemysłu, załącznik do nr. 3 z dnia 12 lutego 1906 r.), na ziemiach zaboru austriackiego obowiązywało rozporządzenie tzw. pełnego ministerstwa austriackiego z dnia 3 kwietnia 1909 roku dotyczące oddawania przedsiębiorstwom dostaw i robót państwowych (Dziennik Ustaw Państwa, Nr 61 z dnia 28 kwietnia 1909 r.), szerzej zob. D. Szczepański, *Zamówienia Publiczne...*, *op. cit.*, s. 17 i n.

⁹¹ Dz. U. Nr 19 poz. 127.

publicznych⁹². Znaczną część jej treści stanowiły delegacje dla Rady Ministrów oraz poszczególnych ministrów do określenia sposobów i warunków udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty. Właściwa regulacja zamówień publicznych nastąpiła rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego⁹³. Rozporządzenie miało charakter kompleksowego aktu prawnego, zawierało bowiem przepisy regulujące takie kwestie jak: zakres podmiotowy obowiązku udzielania zamówień zgodnie z rozporządzeniem, określenie podmiotów, którym można udzielić zamówienia oraz podmiotów wyłączonych z postępowania, tryby udzielania zamówień publicznych, obowiązek wyłączenia z postępowania osób powiązanych z oferentami, umowy dotyczące zamówień publicznych⁹⁴.

W czasach Polski Ludowej, w warunkach gospodarki centralnie planowanej i systemu nakazowo-rozdzielczego, wydatkowanie środków publicznych nie wymagało wykorzystywania mechanizmów zgodnych z zasadami gospodarki wolnorynkowej⁹⁵. Zauważalny w okresie po II wojnie światowej regres legislacyjny nastąpił również w dziedzinie zamówień publicznych. Regulacje prawne z okresu II Rzeczypospolitej utraciły moc. W dniu 18 listopada 1948 r. wydana została ustawa o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych⁹⁶, która w sposób bezpośredni dyskryminowała podmioty prywatne, stawiając na uprzywilejowanej pozycji jednostki gospodarki uspołecznionej. W ramach sektora uspołecznionego obowiązywała zasada zamówień bezprzetargowych, z kolei dostęp sektora prywatnego do zamówień publicznych przewidziany był wyłącznie w sytuacji, gdy dane zamówienie nie mogło być zrealizowane przez jednostkę uspołecznioną⁹⁷. Zawarte w tej ustawie założenia zostały podtrzymane przez ustawę z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych⁹⁸ oraz wydane w dniu 13 stycznia 1958 r. rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz jednostek państwowych⁹⁹, które zostało zastąpione rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 20 marca 1969 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych¹⁰⁰. W tym miejscu wskazać należy, że niektóre

⁹² D. Szczepański, *Zamówienia Publiczne...*, *op. cit.*, s. 26.

⁹³ Dz. U. Nr 13 poz. 92.

⁹⁴ M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 13-14.

⁹⁵ D. Szczepański, *Zamówienia Publiczne*, Pułtusk 2004, s. 44.

⁹⁶ Dz. U. Nr 63 poz. 494.

⁹⁷ M. Płużański, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 14.

⁹⁸ Dz. U. z 1958 r. Nr 3 poz. 7.

⁹⁹ Dz. U. Nr 6 poz. 17.

¹⁰⁰ Dz. U. Nr 9 poz. 65.

przepisy ustawy z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych nie miały zastosowania do zamówień publicznych dokonywanych na podstawie dekretu z dnia 16 maja 1956 r. o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej¹⁰¹. Kolejnym aktem wykonawczym wydanym do ustawy z dnia 28 grudnia 1957 r. było rozporządzenie Ministra Handlu Wewnętrznego z dnia 17 marca 1958 r. w sprawie zasad i trybu udzielania zamówień na dostawy, roboty i usługi przez państwowe jednostki handlowe¹⁰², które zostało uchylone przez rozporządzenie Ministra Handlu Wewnętrznego z dnia 5 kwietnia 1963 r. w sprawie zasad i trybu udzielania zamówień na dostawy, roboty i usługi przez państwowe jednostki handlowe¹⁰³. To ostatnie rozporządzenie utraciło moc wraz z wejściem w życie rozporządzenia Ministra Handlu Wewnętrznego i Usług z dnia 15 listopada 1975 r. w sprawie zasad i trybu udzielania przez państwowe jednostki handlowe zamówień na dostawy, roboty i usługi¹⁰⁴. Ustawa z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych została uchylona przez wydaną w dniu 21 grudnia 1983 r. ustawę¹⁰⁵ o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą¹⁰⁶.

Od tego czasu instytucje publiczne nie miały obowiązku stosowania ustawowo uregulowanych procedur udzielania zamówień publicznych. Wprowadzona została instytucja zamówień rządowych, stanowiąca formę oddziaływania organów państwa na procesy gospodarcze. Istotną rolę pełniła w tym okresie ustawa z dnia 26 lutego 1982 r. o planowaniu społeczno-gospodarczym¹⁰⁷, ponieważ zamówienia rządowe stanowiły jeden z instrumentów realizacji zadań ustalanych w planach centralnych. Źródłem niespójności ówczesnego systemu było to, iż udzielanie zamówień rządowych regulowane było nie w formie odrębnej ustawy, a za pomocą samoistnych uchwał Rady Ministrów¹⁰⁸. Państwowe jednostki organizacyjne, a od 1990 roku także komunalne jednostki organizacyjne¹⁰⁹, nie dysponowały jedno-

¹⁰¹ Dz. U. Nr 16 poz. 87.

¹⁰² Dz. U. Nr 19 poz. 83.

¹⁰³ Dz. U. Nr 17 poz. 95.

¹⁰⁴ Dz. U. Nr 38 poz. 204.

¹⁰⁵ Dz. U. Nr 71 poz. 318.

¹⁰⁶ D. Szczepański, *Zamówienia Publiczne...*, *op. cit.*, s. 45-48.

¹⁰⁷ Dz. U. Nr 7 poz. 51.

¹⁰⁸ Przykładowo można wymienić: uchwałę Rady Ministrów nr 59 z dnia 23 maja 1983 r. w sprawie zamówień rządowych na realizację wybranych inwestycji centralnych (M.P. Nr 19 poz. 109), uchwałę Rady Ministrów nr 151 z dnia 4 listopada 1983 r. w sprawie zamówień rządowych na materiały i wyroby (M.P. Nr 38 poz. 218), uchwałę Rady Ministrów nr 8 z dnia 24 stycznia 1986 r. w sprawie zamówień rządowych na realizację z zakresu rozwoju nauki i techniki (M.P. Nr 6. Poz. 37).

¹⁰⁹ W tym roku wprowadzono pierwszy szczebel samorządu terytorialnego.

litą regulacją dotyczącą zlecenia robót budowlanych, usług i dostaw. W praktyce, często w poszczególnych wydziałach w ramach tego samego urzędu obowiązywały odrębne regulaminy przeprowadzania przetargów. Konsekwencją takiego stanu prawnego była stosunkowo wysoka dowolność przy wydatkowaniu środków publicznych. W interesie państwa leżało więc jak najszybsze stworzenie powszechnie obowiązującego aktu prawnego, wprowadzającego jednolite oraz racjonalne regulacje udzielania zamówień publicznych¹¹⁰.

1.1.2.2. Współczesny system zamówień publicznych w Polsce

Na zupełnie innych założeniach, dostosowanych do nowych warunków rynkowych polskiej gospodarki, jak również gospodarki europejskiej, oparte zostały regulacje zawarte w ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych¹¹¹. Ustawa weszła w życie w dniu 1 stycznia 1995 r. w stosunku do administracji rządowej, natomiast administracja samorządowa objęta została obowiązkiem przestrzegania jej przepisów z rocznym opóźnieniem¹¹².

Ustawa o zamówieniach publicznych wprowadziła szereg zgodnych ze standardami międzynarodowymi rozwiązań prawnych, które uwzględniały wymogi i potrzeby powstającego praktycznie od podstaw systemu zamówień publicznych. W Polsce, tak jak w pozostałych krajach Europy Centralnej i Wschodniej, przez ponad pół wieku nie funkcjonował system udzielania zamówień publicznych w sensie, jaki temu pojęciu nadaje społeczność międzynarodowa. Dodatkowo brakowało teorii, która nawiązywałaby do dorobku II Rzeczypospolitej. Nie rozwinięto również międzynarodowej współpracy naukowej. Brak było badań prawnopirycznych w przedmiocie powiązania administracji publicznej z rynkiem, jak również analiz doświadczeń stosowania regulacji zamówień publicznych. Wprowadzanie omawianej ustawy w życie wiązało się z koniecznością utworzenia efektywnej organizacji administracji rządowej i samorządowej w dziedzinie zamówień, gromadzenia doświadczeń oraz kształcenia kadr, którym w początkowym okresie funkcjonowania regulacji brakowało odpowiednich kwalifikacji oraz doświadczenia w udzielaniu zamówień¹¹³.

Obok ustawy o zamówieniach publicznych na system prawny zamówień składały się również liczne rozporządzenia do ustawy, która zawierała kilkanaście obligatoryjnych i fakultatywnych delegacji do wydania aktów wykonawczych. Ustawa

¹¹⁰ D. Szczepański, *Zamówienia Publiczne...*, *op. cit.*, s. 48-49.

¹¹¹ T.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 664.

¹¹² D. Szczepański, *Zamówienia Publiczne...*, *op. cit.*, s. 53.

¹¹³ T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – Zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 12-13.

przyznawała uprawnienia delegacyjne Radzie Ministrów oraz ministrowi właściwemu do spraw administracji publicznej¹¹⁴.

Ustawa o zamówieniach publicznych jako regulacja nowa i niesprawdzona w ciągu zaledwie kilku lat była wielokrotnie nowelizowana¹¹⁵. Jednak to właśnie tej ustawie zawdzięczamy „ucywilizowanie” procesów wydatkowania środków publicznych oraz znaczące przybliżenie Polski do Unii Europejskiej. Dzięki stopniowemu udoskonalaniu jej regulacji polskie procedury udzielania zamówień publicznych sukcesywnie przybliżały się do rozwiązań wskazywanych w dyrektywach unijnych¹¹⁶.

Ustawa o zamówieniach publicznych, wraz z szeregiem aktów wykonawczych, okazała się niewystarczająca dla stworzenia efektywnego systemu zamówień publicznych w Polsce. Regulacja była niedoskonała zarówno z punktu widzenia podmiotów obowiązanych do stosowania procedur zamówień publicznych, których katalog, w ciągu blisko 10 lat obowiązywania ustawy, powiększył się o nowe kategorie zamawiających, jak również z punktu widzenia przedmiotu udzielanych zamówień, których wartości z biegiem lat sukcesywnie się zwiększały. Potrzeba zmian sygnalizowana była od dłuższego czasu, czego wyraz stanowiły wielokrotne nowelizacje ustawy, jak również, bezskuteczne do 2004 roku, próby utworzenia nowego aktu prawnego. Wraz z kolejnymi zmianami ustawy o zamówieniach publicznych następowało obniżenie przejrzystości jej przepisów, a co za tym idzie, ich stosowanie w praktyce stało się utrudnione. Liczne niejasności prowadziły do rozbieżności w interpretacjach odnoszących się do tego samego stanu faktycznego. Konieczne

¹¹⁴ Do najważniejszych aktów wykonawczych do ustawy o zamówieniach publicznych zalicza się w szczególności: rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 1994 r. w sprawie stosowania preferencji krajowych przy udzielaniu zamówień publicznych (Dz. U. z 1994 r. Nr 140 poz. 776), rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 16 kwietnia 2002 r. w sprawie prowadzenia postępowań o zamówienia publiczne na zasadach szczególnych (Dz. U. Nr 55 poz. 475), rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2003 r. w sprawie sposobu obliczania wartości zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 229 poz. 2281), rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań w sprawach o udzielenie zamówień publicznych (Dz. U. Nr 85 poz. 772), rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie wzorów ogłoszeń o zamówieniach publicznych publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz dodatkowych informacji zawartych w ogłoszeniach (Dz. U. Nr 91 poz. 816); szerzej zob. D. Szczepański, *Zamówienia Publiczne...*, *op. cit.*, s. 54-57.

¹¹⁵ Do najbardziej znaczących nowelizacji ustawy zalicza się te dokonane w latach: 1997, 1999, 2000, 2001, 2002 oraz 2003. W wyniku kolejnych zmian ustawy nastąpiło uszczegółowienie przebiegu postępowania, wprowadzono nowe prawa i obowiązki zarówno w stosunku do zamawiających, jak i wykonawców, zmierzając do ustalenia właściwych proporcji pozycji prawnej stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

¹¹⁶ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 5.

więc było wprowadzenie procedur bardziej klarownych, zharmonizowanych z warunkami istniejącymi na rynku, który zmienił się znacznie od 1994 roku¹¹⁷.

Istotnym katalizatorem zmian było przystąpienie Polski do Unii Europejskiej, powiązane z koniecznością dostosowania krajowych regulacji do *aquis communautaire*¹¹⁸. Likwidacja wszelkich rozbieżności była konieczna, ponieważ stanowiła warunek dopuszczenia krajowych wykonawców do europejskiego rynku zamówień. Dodatkowo, od zgodności polskich przepisów z dyrektywami uzależnione jest efektywne wydatkowanie środków z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności. Komisja Europejska wielokrotnie prezentowała swoje stanowisko w tej materii, zgodnie z którym korzystanie z owych środków następować powinno wyłącznie na podstawie regulacji krajowych, zgodnych z prawem europejskim¹¹⁹.

W dniu 2 marca 2004 r. weszła w życie ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹²⁰, która stanowi obecnie podstawowe źródło prawa w polskim systemie zamówień publicznych. Nadanie ustawie rangi „prawa” miało na celu podkreślenie kompleksowego charakteru jej regulacji.¹²¹ Zgodnie z art. 1 Pzp, ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Szeroki zakres problematyki regulowanej przez Prawo zamówień publicznych, przekłada się na obszerność aktu prawnego, który liczy 227 artykułów, podzielony został na dziewięć działów, które dzielą się na rozdziały, z wyjątkiem działu IV i działów VII-IX¹²².

Prawo zamówień publicznych stanowiło znaczący krok naprzód na drodze do pełnej harmonizacji regulacji krajowych z prawem Unii Europejskiej. Jednak niecały miesiąc po wejściu ustawy w życie, tj. w dniu 31 marca 2004 r., zostały przyjęte nowe dyrektywy odnoszące się do zamówień publicznych, nakładając na państwa członkowskie obowiązek implementacji ich postanowień do wewnętrznych porządków prawnych. W Polsce nastąpiło to ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹²³. Obok harmonizacji

¹¹⁷ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 19-20.

¹¹⁸ *Idem*, s. 19.

¹¹⁹ J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 11.

¹²⁰ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986.

¹²¹ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2010, s. 20.

¹²² Szerzej zob. P. Szustakiewicz [w:] M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010, s. 39.

¹²³ Dz. U. Nr 79 poz. 551.

z prawem Unii, głównymi celami nowelizacji było wprowadzenie bardziej przejrzystych procedur, ułatwiających wykonawcom dostęp do krajowego oraz europejskiego rynku zamówień, wykorzystanie technologii informatycznych, a także stworzenie warunków do bardziej skutecznego wykorzystywania unijnych funduszy¹²⁴. W wyniku nowelizacji ograniczony został bowiem obowiązek stosowania przepisów ustawy - Pzp przez podmioty niepubliczne, które wydatkują środki o charakterze środków publicznych. Zabieg ten miał przede wszystkim na celu ułatwienie funkcjonowania podmiotów prywatnych, które realizują projekty finansowane przy udziale środków unijnych, prowadząc do zwiększenia wykorzystania tych środków¹²⁵.

Dalsze zmiany zmierzające ku usprawnieniu i uproszczeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały wprowadzone ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹²⁶. Najistotniejsza jednak zmiana dotyczyła systemu środków ochrony prawnej. Wprowadzono bowiem modyfikacje regulacji dotyczących rozpoznawania sporów wynikłych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powołując Krajową Izbą Odwoławczą¹²⁷. Izba zastąpiła tym samym prowadzoną przez Prezesa UZP listę arbitrów i właściwe do rozpoznawania odwołań Zespoły Arbitrów. Reforma miała na celu zwiększenie profesjonalizmu osób rozpoznających odwołania, a przez to podwyższenie poprawności wydawanych orzeczeń¹²⁸.

Kolejna nowelizacja, dokonana ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹²⁹, stanowiła następstwo kontroli przeprowadzonej przez Komisję Europejską, dotyczącej implementacji regulacji europejskich do polskiego porządku prawnego. Zarzuty formalne skierowane do Rządu RP stały się podstawą do rozpoczęcia prac legislacyjnych zmierzających do zmiany tych regulacji, które pozostawały w sprzeczności z unijnymi dyrektywami. Niezależnie od tak określonego zakresu nowelizacji dokonano także zmiany niektórych przepisów zbyt sformalizowanych, w szczególności dotyczących tzw. procedur otwartych¹³⁰, uznając iż rynek gospodarczy wymaga wprowadzenia mechanizmów usprawniających procedury udzielania zamówień. Większość zmian w ustawie miała na celu zapobieganie unieważnianiu postępowań o zamówienia publiczne, stwarzając możliwość uzupełniania ofert

¹²⁴ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 694.

¹²⁵ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2012, s. 7-8.

¹²⁶ Dz. U. Nr 82 poz. 560.

¹²⁷ J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 12.

¹²⁸ Informacja o działalności KIO w latach 2007-2008, Warszawa 2009, s. 8.

¹²⁹ Dz. U. Nr 171 poz. 1058.

¹³⁰ Pod tym pojęciem rozumie się tryby udzielania zamówień publicznych, które wszczynane są w drodze publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

przez wykonawców z zachowaniem zasady równego traktowania, a ponadto dała zamawiającym podstawy do samodzielnego korygowania ofert w przypadku pomyłek o charakterze oczywistym lub mniej istotnych¹³¹.

Znaczące zmiany przepisów Prawa zamówień publicznych wprowadzono w roku 2009, w którym miały miejsce dwie nowelizacje ustawy. Pierwsza, tzw. nowelizacja antykryzysowa, wprowadzona została ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych¹³². Zasadniczym celem wprowadzonych zmian było dalsze odformalizowanie i przyspieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz podniesienie konkurencyjności rynku zamówień. Modyfikacji uległy w szczególności regulacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu zamówieniowym, wprowadzono instytucję tzw. zamówień zastrzeżonych¹³³, zmianie uległy podstawy wykluczania wykonawcy z postępowania, jak również przepisy regulujące kwestie związane z potwierdzaniem spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Nowelizacja zlikwidowała ustawowy nakaz żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz wyposażyła zamawiających w możliwość wypłacania wykonawcom zaliczek na poczet wykonania zamówienia publicznego¹³⁴.

Drugą z nowelizacji, które miały miejsce w 2009 roku, wprowadzono ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹³⁵. Omawiana nowelizacja, nazywana nowelizacją odwoławczą, miała na celu implementację do polskiego porządku prawnego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych¹³⁶, czyli tzw. dyrektywy odwoławczej. Nowelizacja weszła w życie z upływem 30 dni od dnia jej ogłoszenia, tj. 29 stycznia 2010 roku¹³⁷. Zmiany wprowadzone nowelizacją miały przede wszystkim na celu przyspieszenie procesu udzielania zamówień publicznych, w szczególności w poprzez likwidację protestu,

¹³¹ Szerzej zob. J. Sadowy (red.), *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.*, Warszawa 2008, s. 113 i n.

¹³² T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 300.

¹³³ Wprowadzono przepis art. 22 ust. 2 Pzp, na podstawie którego zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50 % zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne.

¹³⁴ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, *op. cit.*, s. 694-695, szerzej zob. A. Gawrońska-Baran, *Nowelizacje Prawa zamówień publicznych 2009. Komentarz*, Warszawa 2010.

¹³⁵ Dz. U. 2009 Nr 223 poz. 1778.

¹³⁶ Dz. U. UE L 335 z 20.12.2007, s. 31.

¹³⁷ A. Gawrońska-Baran, *Nowelizacje Prawa...*, *op. cit.* s. 9.

będącego pierwszym z przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej oraz wprowadzenie wyjątków od okresu standstill i w konsekwencji skrócenie terminu zakazu zawarcia umowy. W ramach zmiany przepisów wprowadzono do ustawy definicję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonano również podziału usług na priorytetowe i niepriorytetowe wraz z upoważnieniem Prezesa Rady Ministrów do sporządzenia wykazu tych usług¹³⁸. Nowela wprowadziła również istotne ograniczenie obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych, zwalniając z tego obowiązku podmioty realizujące zamówienia finansowane z udziałem środków, których przyznanie uzależnione jest od zastosowania procedur udzielania zamówienia publicznych określonych w ustawie. Tym samym zlikwidowana została możliwość nakładania na podmioty niepubliczne obowiązku stosowania ustawy w drodze umowy¹³⁹.

Pomimo kompleksowego charakteru ustawy - Pzp, nie było możliwe uregulowanie w ramach jednego aktu prawnego wszystkich szczegółowych kwestii związanych z udzielaniem zamówień publicznych. Ustawa powinna bowiem zawierać wyłącznie najważniejsze regulacje dla określonej dziedziny prawa, pozostawiając regulacje kwestii technicznych aktom wykonawczym do ustawy¹⁴⁰. Obecnie obowiązuje kilkanaście aktów wykonawczych do ustawy - Pzp¹⁴¹. Do najważniejszych z nich należy zaliczyć w szczególności:

- rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia¹⁴²,
- rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej¹⁴³,
- rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹⁴⁴,
- rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań¹⁴⁵.

¹³⁸ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, *op. cit.*, s. 695.

¹³⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2012, s. 8.

¹⁴⁰ P. Szustakiewicz [w:] M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia...*, *op. cit.*, s. 40-41.

¹⁴¹ Pełna lista rozporządzeń dostępna na stronie internetowej UZP, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/prawo-zamowien-publicznych-regulacje/prawo-krajowe/akty-wykonawcze> [dostęp: 01.11.2018 r.].

¹⁴² Dz. U. poz. 1126.

¹⁴³ Dz. U. poz. 2479.

¹⁴⁴ Dz. U. poz. 1128.

¹⁴⁵ Tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092.

1.1.3. Prawo zamówień publicznych w polskim systemie prawa

W doktrynie istnieje spór odnośnie do gałęziowej przynależności norm prawnych zawartych w ustawie - Pzp. Według stanowiska, które wydaje się dominować, Prawo zamówień publicznych należy zaliczyć do kategorii regulacji o publiczno-prawnym charakterze. Pogląd taki stanowczo wyraził H. Nowicki, stwierdzając, iż publicznoprawny charakter unormowań zawartych w Pzp w sposób jednoznaczny wynika z samych przepisów ustawy. Uzasadniając swój pogląd, autor wskazuje na wyrok SN z dnia 13 września 2001 r.¹⁴⁶, w którym skład orzekający uznał, że normy zawarte w Pzp mają charakter publicznoprawny z uwagi na cel ustawy, jakim jest ochrona interesu publicznego¹⁴⁷. Analogiczny pogląd wyraził A. Panasiuk, który wskazał, że podstawowy cel regulacji ustawy – Pzp stanowi sformalizowanie procesu dokonywania wydatków, które w głównej mierze dotyczą środków publicznych, przy uwzględnieniu zasady uczciwej konkurencji, z tego powodu uznać należy, że jej uchwalenie nastąpiło wyłącznie w interesie publicznym¹⁴⁸.

Przyjmując za kryterium podziału na prawo publiczne i prawo prywatne to, czy przedmiot ochrony prawnej analizowanej regulacji stanowi interes publiczny czy interes prywatny¹⁴⁹, teza o kwalifikacji regulacji Prawa zamówień publicznych do grupy unormowań o publicznoprawnym charakterze jest niewątpliwie słuszna. Wydaje się jednak, że trudno jest jednoznacznie uznać Prawo zamówień publicznych za akt prawny w całości przynależący do prawa administracyjnego, ewentualnie administracyjnego prawa gospodarczego. O kwalifikacji aktu normatywnego do konkretnej gałęzi prawa decyduje w pierwszej kolejności metoda regulacji, na dalszym miejscu zaś pozostaje jej przedmiot¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., sygn. akt IV CKN 381/00, OSNC 2002 nr 6, poz. 75, s. 20; wyrok odnosił się do regulacji ustawy o zamówieniach publicznych, jednak uznać należy jego aktualność w stosunku do ustawy - Pzp.

¹⁴⁷ H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych - pojęcie i zakres regulacji* [w:] XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2009, s. 91.

¹⁴⁸ A. Panasiuk, *Wybrane aspekty wykładni Prawa Zamówień Publicznych* [w:] „Nowe podejście do zamówień publicznych- zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne” Część I, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Kazimierz Dolny 2011, s. 132.

¹⁴⁹ Szerzej nt. kryteriów podziału na prawo publiczne i prawo prywatne zob. M. Safjan [w:] *Prawo cywilne- część ogólna*, Tom I, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 30 i n.

¹⁵⁰ Z. Gordon, *Problem obowiązku zawarcia umowy w systemie zamówień publicznych* [w:] „Nowe podejście do zamówień publicznych- zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne” Część I, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Kazimierz Dolny 2011, s. 37.

Odmienne stanowisko, zgodnie z którym regulacje Prawa zamówień publicznych mają charakter prywatnoprawny, zajmuje P. Granecki. Autor wskazuje, że system zamówień publicznych stanowi część prawa cywilnego, uzasadniając swój pogląd treścią art. 14 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu Cywilnego¹⁵¹. Cywilnoprawny charakter posiadają więc zarówno czynności podejmowane w ramach postępowania zamówieniowego, jak i zawarte w jego wyniku umowy, co wynika z art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się regulacje KC, jeżeli przepisy ustawy - Pzp nie stanowią inaczej¹⁵². Również M. Stachowiak uznaje Prawo zamówień publicznych za część prawa cywilnego, przyjmując analogicznie, że w związku treścią art. 14 Pzp, ustawa stanowi *lex specialis* w stosunku do KC¹⁵³.

Według H. Nowickiego jednak, trudno jest uznać zasadność argumentu, wskazującego na cywilnoprawny charakter regulacji Pzp, w postaci odesłania w ustawie do stosowania przepisów KC w odniesieniu do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Autor wskazuje przy tym, że w toku postępowania zamówieniowego, w wyniku zawartych w ustawie odesłań, należy odpowiednio stosować przepisy szeregu innych aktów normatywnych, które należą do różnych gałęzi prawa¹⁵⁴.

Zdaniem autora niniejszej monografii, prawidłowe jest stanowisko Z. Gordona, który wskazuje, że regulacja zawarta w omawianej ustawie posiada charakter kompleksowy, bowiem jej zakres obejmuje z jednej strony normy o charakterze administracyjnoprawnym, z drugiej natomiast normy cywilnoprawne. W ramach pierwszej grupy norm wskazać należy przede wszystkim na regulacje dotyczące statusu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Rady Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, lecz także przepisy dotyczące środków kontrolnych i środków restrykcyjno-sankcyjnych, a w części również regulacje odnoszące się do środków ochrony prawnej. Cywilnoprawny charakter natomiast przepisy regulujące stosunki prawne pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, co wynika w szczególności z zastosowanej przez ustawodawcę metody ich regulacji. Cechą charakterystyczną tych stosunków jest to, że ich strony pozostają względem siebie w pozycjach równorzędnych, co oznacza, że zarówno wykonawca, jak i zamawiający nie dysponuje uprawnieniami władczymi względem drugiej strony. Cecha ta nie zanika nawet w sytuacji, gdy w roli zamawiającego występuje organ władzy

¹⁵¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025).

¹⁵² P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 77.

¹⁵³ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2010, s. 23.

¹⁵⁴ H. Nowicki, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 91.

publicznej, a czynności przez niego dokonywane, w tym takie jak odrzucenie oferty lub wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należy rozpatrywać jako oświadczenia woli strony postępowania¹⁵⁵.

Charakterystyczną cechą regulacji Prawa zamówień publicznych jest to, iż ich przedmiot stanowią działania instytucji publicznych, jednak nie w sferze aktów władczych, lecz w sferze obrotu gospodarczego. Instytucje publiczne, dokonując zakupów określonych dóbr lub świadczeń, występują w charakterze uczestników rynku, dlatego też stosunki prawne pomiędzy zamawiającym a wykonawcą zalicza się generalnie do stosunków cywilnoprawnych¹⁵⁶. Zamówienie publiczne jest bowiem swoistym sposobem prowadzącym do zawarcia umowy cywilnej, czy to umowy sprzedaży, umowy o dzieło, najmu lub innej. Istotne jest, aby jedną ze stron umowy, określoną w ustawie jako zamawiający, był podmiot obowiązany do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych¹⁵⁷.

W związku z występującymi w ustawie odesłaniami do przepisów KC najczęściej zastosowanie znajdować będą przepisy części ogólnej Kodeksu oraz przepisy o zobowiązaniach¹⁵⁸. W ustawie można znaleźć także odesłania do przepisów Kodeksu Postępowania Cywilnego¹⁵⁹. Ma to miejsce w części odnoszącej się do postępowania odwoławczego, gdzie nakazane zostało stosowanie, w kwestiach nieuregulowanych, przepisów KPC o sądzie polubownym¹⁶⁰. Podobnie w przypadku postępowania wszczętego na skutek wniesienia skargi zastosowanie znajdują przepisy KPC o apelacji, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej¹⁶¹.

Obok odesłań do aktów normatywnych zaliczanych do gałęzi prawa cywilnego, w omawianej ustawie znajdują się również odesłania do regulacji prawa administracyjnego. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest centralnym organem administracji rządowej, a do czynności przez niego podejmowanych znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu Postępowania Administracyjnego¹⁶². Przepisy KPA znajdują również zastosowanie w przypadku stosowania kar za naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, określonych w art. 200 Pzp¹⁶³.

¹⁵⁵ Z. Gordon, *Problem obowiązku...*, *op. cit.* s. 37-38.

¹⁵⁶ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 3.

¹⁵⁷ *Informator Zamówień Publicznych*, Warszawa 1995, s. 2.

¹⁵⁸ *Informator Zamówień Publicznych*, Warszawa 1995, s. 2-3.

¹⁵⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1360).

¹⁶⁰ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2010, s. 23.

¹⁶¹ P. Granecki, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 4.

¹⁶² Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2096).

¹⁶³ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2010, s. 23.

Istotne znaczenie w polskim systemie zamówień publicznych ma ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych¹⁶⁴. Ustawa ta stanowi wszelkie zasady prowadzenia gospodarki finansowej przez jednostki sektora finansów publicznych, stanowiących największą grupę podmiotów zamawiających. Kolejnym istotnym w sferze zamówień publicznych aktem prawnym jest ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁶⁵. Ustawa reguluje zasady odpowiedzialności kierowników jednostek oraz pracowników, którym powierzono obowiązki z zakresu zamówień publicznych, za czyny polegające na naruszeniu prawa przy udzielaniu zamówień. Ustawa określa katalog czynów karalnych związanych z procedurą zamówienia publicznego, ale także z zaciąganiem zobowiązań o wartości wyższej niż wynikająca z zatwierdzonego planu finansowego.

Do pozostałych aktów prawnych, których regulacjami należy się posługiwać przy stosowaniu ustawy – Pzp należą w szczególności: ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁶⁶, ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane¹⁶⁷, ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej¹⁶⁸, ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych¹⁶⁹, ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej¹⁷⁰.

1.2. Podstawy prawne funkcjonowania fundacji i stowarzyszeń

1.2.1. Źródła prawa fundacyjnego

Początków polskiego prawa fundacyjnego należy doszukiwać się w okresie międzywojennym wraz z wejściem w życie dekretu Naczelnika Państwa z dnia 7 lutego 1919 r. o fundacjach i o zatwierdzaniu darowizn i zapisów¹⁷¹. Obowiązywał on początkowo na terytorium dawnego Królestwa Kongresowego oraz od 1922 r. na obszarze byłych ziem wschodnich. Po II wojnie światowej zakresem obowiązywania dekretu objęto terytorium całej Polski, co stało się na mocy dekretu z dnia 22 października 1947 r. o zmianie i rozciągnięciu mocy obowiązującej dekretu z dnia 7 lutego 1919 r. o fundacjach i zatwierdzaniu darowizn i zapisów na

¹⁶⁴ T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2077.

¹⁶⁵ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1458.

¹⁶⁶ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419.

¹⁶⁷ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1202.

¹⁶⁸ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1330.

¹⁶⁹ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 412.

¹⁷⁰ T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 827.

¹⁷¹ Dz. Pr. P. P. Nr 15 poz. 215.

cały obszar Państwa Polskiego¹⁷². Dekret z dnia 24 kwietnia 1952 r. o zniesieniu fundacji¹⁷³ uchylił obowiązujące przepisy o fundacjach¹⁷⁴, co w praktyce oznaczało zakaz ustanawiania fundacji prawa prywatnego¹⁷⁵, który istniał do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach¹⁷⁶.

W obecnie obowiązującym porządku prawnym najwyższej rangi aktem prawnym, na który należy wskazać w toku analizy normatywnych granic funkcjonowania fundacji, jest Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹⁷⁷. Ustawa zasadnicza w art. 58 ust. 1, znajdującym się w dziale poświęconym wolnościom i prawom politycznym, stwierdza, iż każdemu zapewnia się wolność zrzeszania się. Uszczegółowienie tego ogólnego przepisu znajduje się w art. 12 Konstytucji, który ustanawia zasadę wolności tworzenia i działania związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich, innych dobrowolnych zrzeszeń oraz fundacji. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż wskazany art. 12 umieszczony został przez ustawodawcę pośród przepisów charakteryzujących Rzeczpospolitą, z czego należy wyciągnąć wniosek, że aktywność obywatelska stanowi istotną cechę ustroju społecznego naszego państwa, określanego jako społeczeństwo obywatelskie.¹⁷⁸

W praktyce funkcjonowania podmiotów posiadających status fundacji podstawowe znaczenie ma ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach. Ustawa była sześciokrotnie nowelizowana¹⁷⁹ i w swoim obecnym kształcie, w szczególności

¹⁷² Dz. U. Nr 66 poz. 400.

¹⁷³ Dz. U. Nr 25 poz. 172.

¹⁷⁴ Z wyłączeniem jednak fundacji posiadających siedzibę za granicą lub fundacji, których majątek w całości lub w części znajduje się za granicą.

¹⁷⁵ H. Cioch, *Prawo fundacyjne*, Warszawa 2011, s. 28.

¹⁷⁶ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1491.

¹⁷⁷ Dz. U. Nr 78 poz. 483.

¹⁷⁸ Szerzej zob. J. Juchniewicz, M. Kazimierczuk [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2008, s. 120 i n., zob. również M. Chmaj [w:] M. Chmaj, W. Orłowski, W. Skrzydło, Z. Witkowski, A. Wróbel, *Konstytucyjne wolności i prawa w Polsce, Tom III, Wolności i prawa polityczne*, Kraków 2002, s. 54 i n.; M. Chmaj (red.), *Wolność zrzeszania się w Polsce*, Warszawa 2008, s. 10 i n.; A. Kulig [w:] *Prawo Konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011, s. 131 i n. zob. również D. Moroń, *Wolontariat w trzecim sektorze. Prawo i praktyka*, Wrocław 2009, s. 17 i n.

¹⁷⁹ Nowelizacje wprowadzały następujące akty prawne: ustawa z dnia 23 lutego 1991 r. o zmianie ustawy o fundacjach (Dz. U. Nr 19 poz. 82), ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 986), ustawa z dnia 22 grudnia 2000 r. o zmianie niektórych upoważnień ustawowych do wydawania aktów normatywnych oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 120 poz. 1268), ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2067), ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze zmianami w podziale zadań i kompetencji administra-

z uwagi na zmiany wprowadzone w 1991 oraz 2005 roku, różni się znacząco od swojej pierwotnej wersji¹⁸⁰. Składa się ona z 20 artykułów, w których uregulowano takie kwestie jak: cel fundacji, jej ustanowienie, podstawy działania, ustalenie statutu fundacji i jego treść, uzyskanie przez fundację osobowości prawnej, kognicję sądu rejestrowego, nadzór nad fundacjami oraz status fundacji w prawie międzynarodowym prywatnym¹⁸¹.

Zakresem podmiotowym zastosowania przepisów ustawy o fundacjach objęte są przede wszystkim fundacje prawa prywatnego oraz znajdujące się na terytorium RP przedstawicielstwa fundacji zagranicznych posiadających swoją siedzibę za granicą. Odrębne regulacje prawne obowiązują wobec fundacji prawa publicznego, ustanowionych na podstawie: ustawy z dnia 5 stycznia 1995 r. o fundacji – Zakład Narodowy imienia Ossolińskich¹⁸², ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o fundacji – Centrum Badania Opinii Społecznej¹⁸³ oraz ustawy z dnia 18 września 2001 r. o fundacji – Zakłady Kórnickie¹⁸⁴. Należy jednak zaznaczyć, że w kwestiach nieuregulowanych w powyższych aktach prawnych zastosowanie znajduje ustawa o fundacjach¹⁸⁵. Przepisy ustawy stosuje się również, z uwzględnieniem zmian wynikających z ustaw szczególnych, do fundacji tworzonych przez Kościoły¹⁸⁶.

Istotnym źródłem prawa dla funkcjonowania fundacji jest również wydane na podstawie przepisu kompetencyjnego, znajdującego się w art. 12 ust. 4 ustawy o fundacjach, rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 maja 2001 r. w sprawie ramowego zakresu sprawozdania z działalności fundacji¹⁸⁷.

Oprócz wskazanych aktów normatywnych ustanowienie oraz funkcjonowanie fundacji regulują również przepisy szczególne. W szczególności należy w tym miejscu wskazać na art. 927 § 3 KC oraz przepisy księgi czwartej, które normują kwestie związane z utworzeniem fundacji w testamentie. Odnośnie do postępowania

cji terenowej (Dz. U. Nr 175 poz. 1462, sprost. Dz. U. z 2005 r. Nr 189 poz. 1604) oraz ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. W 2006 r. przygotowano projekt nowej ustawy o fundacjach, jednak w związku ze skróceniem kadencji Sejmu prace legislacyjne przerwano i nie podjęto ich w kolejnej kadencji, tak: P. Suski, *Stowarzyszenia i fundacje*, Warszawa 2011, s. 346.

¹⁸⁰ H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 15.

¹⁸¹ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 349.

¹⁸² T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1881.

¹⁸³ Dz. U. Nr 30 poz. 163.

¹⁸⁴ T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1964.

¹⁸⁵ Zob. art. 18 ustawy o fundacji – Zakład Narodowy imienia Ossolińskich, art. 21 ustawy o fundacji – Centrum Badania Opinii Społecznej oraz art. 16 ustawy o fundacji – Zakłady Kórnickie.

¹⁸⁶ Szerzej zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 349-350.

¹⁸⁷ Dz. U. Nr 50 poz. 529.

nia rejestrowego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym¹⁸⁸ wraz z aktami wykonawczymi do ustawy oraz art. 694¹ - 694⁸ KPC¹⁸⁹.

W praktyce funkcjonowania fundacji istotne znaczenie mają przepisy ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie¹⁹⁰, które stanowią główne źródło regulacji w zakresie współpracy fundacji z organami administracji publicznej, a w szczególności w zakresie wspólnej realizacji zadań publicznych przez takie podmioty¹⁹¹.

Opisując podstawy prawne funkcjonowania fundacji należy również wskazać na szczególny charakter statutu fundacji. Stanowi on akt, który reguluje strukturę wewnętrzną i organizację jednostki. Posiada on charakter wewnętrznego kodeksu, które jednak często wywiera wpływ na stosunki pomiędzy fundacją a podmiotami zewnętrznymi¹⁹².

W doktrynie prawa fundacyjnego spotykany jest pogląd, zgodnie z którym w sprawach nieuregulowanych w ustawie oraz w braku odpowiednich postanowień statutu fundacji, istnieje możliwość stosowania przepisów innych ustaw. W szczególności wskazuje się na możliwość odpowiedniego stosowania, w zakresie związanym z procedurą likwidacji fundacji, przepisów ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze¹⁹³. Istnieje również stanowisko dopuszczające możliwość analogicznego stosowania ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. - Prawo o stowarzyszeniach¹⁹⁴, co argumentuje się zbliżonymi funkcjami społeczno-gospodarczymi fundacji i stowarzyszeń. Przeciwnie stanowisko w tej kwestii zajął jednak NSA, który w wyroku z dnia 10 lutego 1994 r. stwierdził, iż z uwagi na fakt, że fundacja nie jest organizacją społeczną (stowarzyszeniem) należy wyciągnąć wniosek, iż ustawa Prawo o stowarzyszeniach nie może stanowić tzw. *lex generalis* w stosunku do ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach¹⁹⁵. Prawdopodobny wydaje się pogląd wyrażony przez P. Suskie-

¹⁸⁸ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 986.

¹⁸⁹ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 347.

¹⁹⁰ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 450.

¹⁹¹ Szerzej zob. część poświęconą współpracy fundacji i stowarzyszeń z organami administracji publicznej.

¹⁹² A. Kidyba [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 49.

¹⁹³ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1285.

¹⁹⁴ T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 210.

¹⁹⁵ Zob. wyrok NSA z dnia 10 lutego 1994 r., sygn. akt SA/Po 3045/93, Legalis Nr 38344.

Kluczowa dla wskazanego rozstrzygnięcia kwestia posiadania przez fundacje statusu organizacji społecznych była również rozpatrywana w innych orzeczeniach NSA, przy czym wskazać należy, że stanowisko NSA odnośnie do tego problemu jest niekonsekwentne. W szczególności należy w tym miejscu przytoczyć uchwałę składu siedmiu sędziów NSA z dnia 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt II OPS 4/05, ONSA i WSA 2006 nr 2, poz. 37, s. 25), w której stwierdzono, że fundacja jako organizacja społeczna może zgłosić udział w postępowaniu sądowym w cha-

go, który krytykuje stanowisko zezwalające na analogiczne stosowanie do fundacji przepisów Prawa o stowarzyszeniach, wskazując, iż takie podejście pociąga za sobą zatarcie różnic pomiędzy fundacjami a korporacjami¹⁹⁶. Autor przyjmuje jednak, że w związku z oszczędną regulacją niektórych kwestii w ustawie o fundacjach oraz w braku postanowień statutu, odwoływanie się do przepisów innych ustaw będzie konieczne. Jednakże nie można w takim przypadku mówić o odpowiednim stosowaniu przepisów, bowiem w ustawie o fundacjach brak jest normy prawnej wprowadzającej obowiązek stosowania przepisów innego aktu prawnego. Wydaje się, że lakoniczność regulacji zawartych w ustawie o fundacjach była przez ustawodawcę zamierzona i ma na celu zapewnienie adresatom jej norm wysokiego stopnia samorządności, poprzez umożliwienie im autonomicznego uregulowania określonych kwestii w statucie fundacji. Szczególne obowiązki spoczywają więc na sądzie rejestrowym oraz organach sprawujących funkcje nadzorcze na fundacjami, do których należy kontrola statutów odnośnie do wymaganego poziomu szczegółowości postanowień w nich zawartych¹⁹⁷. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w ramach Unii Europejskiej podejmowane są prace legislacyjne dotyczące przepisów prawnych regulujących tzw. fundację europejską, które mają funkcjonować obok prawa fundacyjnego, wchodzącego w skład porządków prawnych poszczególnych państw członkowskich¹⁹⁸.

1.2.2. Podstawy prawne funkcjonowania stowarzyszeń

Analogicznie jak w przypadku prawnych podstaw funkcjonowania fundacji, również w zakresie tworzenia i działania stowarzyszeń, fundamentalne znaczenie w polskim porządku prawnym mają przepisy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., w szczególności jej art. 12 oraz art. 58.

Wśród źródeł prawa stowarzyszeń należy również wymienić ratyfikowane przez Polskę umowy międzynarodowe, przede wszystkim takie jak¹⁹⁹:

- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych wraz z uchwalonym do niego Protokołem fakultatywnym. Pakt został przyjęty przez Zgro-

rakterze uczestnika postępowania w sprawie dotyczącej interesu prawnego innej osoby. NSA odmówił jednak uznania fundacji za organizację społeczną w szczególności w postanowieniu z dnia 6 maja 1998 r. (sygn. akt IV SA 898/96, niepubl.) oraz w wyroku z dnia 21 grudnia 2001 r. (sygn. akt I SA 786/00, Legalis Nr 123228).

¹⁹⁶ Analogicznie: K. Kruczałak, Niektóre zagadnienia polskiego prawa fundacyjnego, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Steckiego*, red. M. Bączyk, J.A. Piszczek, E. Radomska, M. Wilke, Toruń 1997, s. 158-159.

¹⁹⁷ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 348.

¹⁹⁸ A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 223.

¹⁹⁹ Tak: P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 37.

madzenie Ogólne ONZ w dniu 19 grudnia 1966 r.²⁰⁰, a jego art. 22 stanowi, iż każdy ma prawo do swobodnego stowarzyszania się z innymi, włącznie z prawem do tworzenia i przystępowania do związków zawodowych w celu ochrony swych interesów.

- Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, przyjętą w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r.²⁰¹, której art. 11 przyznaje każdemu prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się oraz do swobodnego stowarzyszania się, włącznie z prawem tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich dla ochrony swoich interesów.
- Europejską Kartę Samorządu Terytorialnego, którą sporządzono w Strasburgu w dniu 15 października 1985 r.²⁰². Jej art. 10 przyznaje społecznościom lokalnym prawo do zrzeszania się, stanowiąc, iż wykonując swoje uprawnienia, społeczności lokalne mają prawo współpracować z innymi społecznościami lokalnymi oraz zrzeszać się z nimi w celu realizacji zadań, które stanowią przedmiot ich wspólnego zainteresowania.

Problematyka stowarzyszeń stanowi również przedmiot postanowień niektórych umów bilateralnych zawieranych przez RP²⁰³, na podstawie których strony zazwyczaj zobowiązują się do wspierania bezpośrednich kontaktów pomiędzy stowarzyszeniami lub mają na celu objąć stowarzyszenia regułami związanymi z unikaniem podwójnego opodatkowania²⁰⁴.

Nie uwzględniając porządku prawnego państw zaborczych, pierwszym polskim aktem prawnym regulującym sytuację prawną stowarzyszeń był wydany przez Naczelnika Państwa dekret o stowarzyszeniach z dnia 3 stycznia 1919 r.²⁰⁵. Dekret obowiązywał do czasu wejścia w życie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1932 r. - Prawo o stowarzyszeniach²⁰⁶, którego kilkukrotnie nowelizowane przepisy stanowiły podstawę funkcjonowania stowarzyszeń w okresie Polski Ludowej²⁰⁷.

Podstawowe znaczenie dla funkcjonowania stowarzyszeń ma obecnie ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach, która we wstępie *expressis verbis* wska-

²⁰⁰ Dz. U. z 1977 r. Nr 38 poz. 167 i 168.

²⁰¹ Dz. U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284.

²⁰² Dz. U. z 1994 r. Nr 124 poz. 607.

²⁰³ Zob. np. art. 19 traktatu o przyjaźni i współpracy między Rzeczpospolitą Polską a Republika Włoską, podpisanego w Warszawie w dniu 11 października 1991 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 52 poz. 226), art. 13 traktatu o przyjaźni i współpracy między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Hiszpanii, sporządzonego w Madrycie w dniu 26 października 1992 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 18 poz. 84). P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 37.

²⁰⁴ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 37-38.

²⁰⁵ Dz. P. P. P. Nr 3 poz. 88.

²⁰⁶ Dz. U. R. P. Nr 94 poz. 808.

²⁰⁷ M. Chmaj (red.), *Wolność...*, *op. cit.*, s. 75.

zuje na związek jej postanowień z przepisami Konstytucji, Powszechną Deklaracją Praw Człowieka²⁰⁸ oraz Międzynarodowym Paktem Praw Obywatelskich i Politycznych. Zamiarem ustawodawcy było dostosowanie przepisów ustawy do norm wynikających z Ustawy Zasadniczej oraz realizacja postulatu zapewnienia podstawowych wolności zgodnie z prawem oraz standardami międzynarodowymi. Obowiązujące przed wejściem w życie obecnej ustawy rozporządzenie, jak się powszechnie przyjmuje, nie było zgodne z zasadami ustrojowymi RP, nie odpowiadało również zobowiązaniom Polski na arenie międzynarodowej, w szczególności wynikającym z Paktu Praw Obywatelskich²⁰⁹.

Dla podmiotów funkcjonujących w organizacyjno-prawnej formie stowarzyszenia, Prawo o stowarzyszeniach stanowi akt prawny o charakterze ustrojowym. Ustawa liczy 57 artykułów, podzielonych na siedem rozdziałów. Kolejne rozdziały regulują zagadnienia ogólne, w tym pojęcie stowarzyszenia oraz ograniczenia w zakresie wolności zrzeszania się, następnie problematykę tworzenia stowarzyszeń, nadzór nad takimi podmiotami, kwestie związane z ich majątkiem, likwidację stowarzyszeń oraz sytuacje prawną stowarzyszeń zwykłych²¹⁰.

Ustawa - Prawo o stowarzyszeniach nie ma charakteru regulacji kompleksowej, niektóre z aspektów działalności stowarzyszeń uregulowane są w innych aktach normatywnych. Należy w tym miejscu wskazać w szczególności na:

- ustawę z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie²¹¹,
- ustawę z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym wraz z aktami wykonawczymi oraz ustawę z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego,
- ustawę z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

Dodatkowo na podstawie przepisów ustaw szczególnych stowarzyszenia uprawnione są do współdziałania oraz wyrażania swojej opinii²¹² w określonych kwestiach²¹³.

²⁰⁸ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka jest dokumentem uchwalonym przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 10 grudnia 1948 roku. Deklaracja zaliczana jest do kategorii „soft law”, co oznacza, że jej głównym zadaniem było jedynie ustalenie pewnego polityczno-moralnego wzorca. Jednak jej praktyczne znaczenie było istotne, bowiem wywarła duży wpływ na rozwój ustawodawstwa i konstytucjonalizmu w wielu krajach oraz rozwój międzynarodowej ochrony praw człowieka. Szerzej zob. M. Freeman, *Prawa człowieka*, Warszawa 2007, s. 44 i n.; zob. również S. Sykuna [w:] *Leksykon ochrony praw człowieka*, M. Balcerzak (red.), S. Sykuna (red.), Warszawa 2010, s. 331 i n.

²⁰⁹ Szerzej zob. H. Izdebski, *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, Łomianki 2000, s. 102.

²¹⁰ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 38-39.

²¹¹ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1263.

²¹² Przykładowo wymienić można art. 4 ustawy z dnia 31 maja 1996 r. o osobach deportowanych do pracy przymusowej oraz osadzonych w obozach pracy przez III Rzeszę i Związek Socjalistycznych Republik Radzieckich (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1001).

²¹³ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 38.

W praktyce funkcjonowania stowarzyszeń szczególną podstawą prawną ich działania jest statut, który stanowi przykład wewnętrznego źródła prawa. W myśl bowiem art. 38 KC, osoby prawne działają przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie.

Zakres podmiotowy obowiązywania regulacji ustawy – Prawo o stowarzyszeniach obejmuje przede wszystkim stowarzyszenia, które wyposażone są w osobowość prawną, określane również mianem stowarzyszeń zarejestrowanych²¹⁴. Na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy, jej postanowienia znajdują również zastosowanie do działalności stowarzyszeń międzynarodowych, natomiast art. 22 ust. 2 ustanawia zasadę odpowiedniego stosowania przepisów ustawy w odniesieniu do związków stowarzyszeń. Dodatkowo ustawę stosują stowarzyszenia zwykłe²¹⁵, tj. stowarzyszenia nieposiadające osobowości prawnej²¹⁶.

Regulacje omawianej ustawy znajdują ponadto zastosowanie, przy uwzględnieniu modyfikacji wynikających z ustaw szczególnych, do działalności innych podmiotów, takich jak w szczególności²¹⁷:

- ochotniczych straży pożarnych oraz Związku Ochotniczych Straży Pożarnych²¹⁸,
- klubów sportowych, działających jako osoba prawna utworzona na podstawie odrębnych przepisów²¹⁹, m. in. w formie stowarzyszenia,
- polskiego związku sportowego, w zakresie nieuregulowanym w ustawie o sporcie²²⁰,
- Polskiego Komitetu Olimpijskiego, który funkcjonuje w formie związku stowarzyszeń oraz Polskiego Komitetu Paraolimpijskiego, działającego jako stowarzyszenie lub związek stowarzyszeń²²¹.

Należy również pamiętać, iż przepisy Prawa o stowarzyszeniach znajdują odpowiednie zastosowanie m. in. do²²²:

- stowarzyszeń województw²²³, stowarzyszeń powiatów²²⁴ oraz stowarzyszeń gmin²²⁵,

²¹⁴ Problematyce takich podmiotów poświęcone są art. 9 i następn.

²¹⁵ Poświęcone im są art. 40-43 ustawy.

²¹⁶ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 39.

²¹⁷ Szerzej zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 39-40.

²¹⁸ Na podstawie art. 19 i 40 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 620).

²¹⁹ Zob. art. 3 ust. 2 ustawy o sporcie.

²²⁰ Zob. art. 7 ust. 3 ustawy o sporcie.

²²¹ Zob. art. 24 ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 ustawy o sporcie.

²²² Szerzej zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 43-44.

²²³ Zob. art. 8b ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 913).

²²⁴ Zob. art. 75 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 995).

²²⁵ Zob. art. 84 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 994).

- europejskiego ugrupowania współpracy terytorialnej uregulowanego w rozporządzeniu (WE) nr 1082/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie europejskiego ugrupowania współpracy terytorialnej (EUWT)²²⁶ oraz w ustawie z dnia 7 listopada 2008 r. o europejskim ugrupowaniu współpracy terytorialnej²²⁷,
- partii politycznych, których likwidacja w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partiach politycznych następuje z odpowiednim zastosowaniem przepisów rozdziału 5 Prawa o stowarzyszeniach²²⁸.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Prawa o stowarzyszeniach, jej przepisom nie podlegają:

- organizacje społeczne działające na podstawie odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest stroną²²⁹,
- kościoły i inne związki wyznaniowe oraz ich osoby prawne²³⁰,
- organizacje religijne, których sytuacja prawna jest uregulowana ustawami o stosunku państwa do kościołów i innych związków wyznaniowych, działające w obrębie tych kościołów i związków²³¹,
- komitety wyborcze utworzone w związku z wyborami do Sejmu, do Senatu, wyborem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, wyborami do Parlamentu Europejskiego lub wyborami do organów samorządu terytorialnego²³²,
- partie polityczne²³³.

²²⁶ Dz. U. UE L 210 z 31.07.2006, s. 19.

²²⁷ Dz. U. Nr 218 poz. 1390. Zgodnie z jej art. 3, w sprawach nieuregulowanych w rozporządzeniu 1082/2006 oraz w ustawie do ugrupowania stosuje się odpowiednio przepisy o stowarzyszeniach.

²²⁸ Zob. art. 49 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o partiach politycznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 580).

²²⁹ Do takich podmiotów przykładowo zalicza się Polski Czerwony Krzyż oraz Polski Związek Działkowców. Do takich organizacji jednak, zgodnie z art. 7 ust. 2 Prawa o stowarzyszeniach, stosuje się z w sprawach nieuregulowanych odrębnie przepisy Prawa o stowarzyszeniach.

²³⁰ Funkcjonowanie takich podmiotów, w myśl art. 25 ust. 4 i 5 Konstytucji RP oraz art. 8 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1153), regulują ustawy szczególne. Szerzej zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 45.

²³¹ Do takich podmiotów jednak z w sprawach nieuregulowanych odrębnie należy stosować przepisy Prawa o stowarzyszeniach.

²³² Komitety takie uregulowane są w art. 84-103 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 754).

²³³ Jednak do likwidacji takich podmiotów odpowiednio stosuje się przepisy Prawa o stowarzyszeniach, w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partiach politycznych.

1.3. Ewolucja regulacji prawnych w zakresie obowiązku stosowania procedur zamówieniowych przez fundacje i stowarzyszenia

1.3.1. Obowiązek zamówieniowy fundacji i stowarzyszeń w prawie Unii Europejskiej

Podstawowym przepisem, który określa zakres podmiotowy obowiązku przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych regulowanych dyrektywami unijnymi, jest przepis art. 2 ust. 1 pkt 1-4 dyrektywy 2014/24/UE. W pierwszej kolejności stanowi on, że pod pojęciem instytucji zamawiającej należy rozumieć państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego²³⁴. Z punktu widzenia obowiązku zamówieniowego fundacji i stowarzyszeń, kluczowym elementem treści tego przepisu jest jego pkt 4, który dotyczy pojęcia podmiotu prawa publicznego. Dyrektywa definiuje ten termin, stanowiąc, że jest to podmiot spełniający kumulatywnie następujące warunki:

- ustanowiony został w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie posiadają charakteru przemysłowego ani handlowego,
- posiada osobowość prawną,
- jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego, albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów, albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego²³⁵.

Analogiczna definicja podmiotu prawa publicznego znajdowała się w art. 1 pkt 9 dyrektywy 2004/18/WE. Jediną istotną różnicę pomiędzy tymi przepisami²³⁶, stanowi występujące na gruncie starej dyrektywy odesłanie do jej załącznika III. Zawarte w nim były listy podmiotów prawa publicznego w poszczególnych państwach członkowskich, wskazujące je z nazwy lub poprzez określenie ich kategorii. Należy jednak wskazać, że listy te nie miały charakteru zamkniętego. Podmiot,

²³⁴ W pkt. 2 i 3 wskazanego przepisu, dyrektywa wprowadza podział na instytucje administracji centralnej, definiując je poprzez odesłanie do załącznika I do dyrektywy oraz instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego, które oznaczają wszystkie instytucje zamawiające, które nie są instytucjami administracji centralnej.

²³⁵ Analogicznie określony zakres pojęcia instytucji zamawiającej obowiązuje na mocy nowoprzyjętej dyrektywy klasycznej, tj. dyrektywy 2014/24/UE. Zob. art. 2 ust. 1 pkt 1 i 4.

²³⁶ Obok mało znaczących zmian, jak np. zmiana sformułowania „jednostki samorządu terytorialnego” na „władze regionalne i lokalne”.

który nie był objęty listą przedstawioną przez określone państwo członkowskie, a który wypełniał znamiona definicji podmiotu prawa publicznego z art. 1 ust. 9 dyrektywy, był w świetle dyrektywy zobowiązany do przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych. Zasada ta dotyczyła w takim samym zakresie podmiotów istniejących w chwili wejścia dyrektywy w życie, jak i podmiotów powstałych później. Dodatkowo, podmiot pierwotnie wpisany na listę w załączniku III, który następnie utracił status podmiotu prawa publicznego, nie był zobowiązany do przestrzegania przepisów dyrektyw²³⁷. Należy również wskazać, że załącznik listy podmiotów w Polsce nie wymieniał żadnego podmiotu funkcjonującego w formie fundacji lub stowarzyszenia. Zdaniem autora niniejszej monografii, z uwagi na niską wartość poznawczą zawartych w załącznikach list, taki mechanizm określania zakresu pojęcia podmiotów prawa publicznego uznać należy za zbędny. Na podstawie wskazanych list możliwe było bowiem uzyskanie wyłącznie ogólnego pojęcia o kategoriach podmiotów, jakie w porządku prawnym określonego państwa członkowskiego uznawane są za wypełniające znamiona podmiotów prawa publicznego. Nie było jednak możliwe bezwzględne ustalenie publicznego charakteru wobec konkretnego podmiotu, który pomimo zamieszczenia na liście mógł nie wypełniać warunków uznania za podmiot prawa publicznego i tym samym nie być zobowiązany do stosowania przepisów dyrektyw zamówieniowych. Również fakt braku charakteru katalogu zamkniętego list, wpływał negatywnie na ich wartość w praktycznym zastosowaniu. W związku z tym, pozytywnie należy ocenić zabieg legislacyjny prawodawcy europejskiego, który w nowej dyrektywie zrezygnował z omawianych list w załączniku, określając zakres pojęcia podmiotu prawa publicznego wyłącznie na podstawie jego legalnej definicji.

Z treści art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE²³⁸ wynika ponadto jeszcze jedna podstawa uzyskania statusu zamawiającego przez stowarzyszenia. Prawodawca europejski, obok określenia trzech podstawowych kategorii zamawiających, tj. państwa, władz regionalnych lub lokalnych oraz podmiotów prawa publicznego, wskazał, że obowiązek przestrzegania procedur zamówieniowych będzie spoczywał również na związkach złożonych z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego. Zgodnie z funkcjonalną wykładnią tego przepisu, należy przyjąć, że stowarzyszenie, jako osoba prawna typu korporacyjnego, którego istota zakłada udział o charakterze członkowskim, może wypełniać znamiona takiego związku i tym samym być na tej podstawie uznane za zamawiającego w rozumieniu dyrektyw unijnych.

²³⁷ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, op. cit., s. 86-87.

²³⁸ Art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE.

Dokonując analizy historycznej zakresu podmiotowego dyrektyw zamówieniowych, w pierwszej kolejności należy wskazać, że tak określona definicja pojęcia instytucji zamawiającej pojawiła się po raz pierwszy w dyrektywie 89/440/EWG z dnia 18 lipca 1989 r., która odnosiła się do zamówień publicznych na roboty budowlane i zmieniała dyrektywę 71/305/EWG. W odróżnieniu od wcześniej obowiązujących aktów prawnych, dyrektywa określiła legalną definicję podmiotu prawa publicznego oraz rozszerzyła zakres pojęcia instytucji zamawiającej o kategorię związków podmiotów. Pierwsze bowiem dyrektywy, które miały na celu skoordynowanie krajowych systemów udzielania publicznych kontraktów na roboty budowlane, dostawy lub usługi²³⁹, tj. dyrektywa 71/305/EWG²⁴⁰ oraz dyrektywa 77/62/EWG, zawierały ogólne sformułowanie, że instytucje zamawiające oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego oraz osoby prawne prawa publicznego wyszczególnione w odpowiednich załącznikach do dyrektyw²⁴¹. Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż we wskazanych załącznikach, obok listy konkretnych podmiotów lub ich kategorii w poszczególnych państwach członkowskich, które posiadają status osoby prawnej prawa publicznego, określona była jedna wspólna kategoria zamawiających, która znajdowała zastosowanie do wszystkich państw członkowskich, tj. stowarzyszenia prawa publicznego, utworzone przez jednostki samorządu terytorialnego.

W ramach kolejnego pakietu dyrektyw zamówieniowych, tj. dyrektyw 92/50/EWG, 93/37/EWG oraz 93/36/EWG, prawodawca europejski przewidział analogiczny mechanizm określania zakresu podmiotowego pojęcia instytucji zamawiającej. Tym samym fundacje i stowarzyszenia za rozstrzygające w zakresie swojego obowiązku zamówieniowego uznawały pojęcia podmiotu prawa publicznego oraz wskazanych związków²⁴².

Społeczno-gospodarcze przeznaczenie instytucji fundacji i stowarzyszeń, charakter wykonywanych przez takie jednostki zadań oraz formy ich współpracy, w szczególności o charakterze finansowym, z instytucjami zaliczanymi do kategorii państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, powodują iż w praktyce syste-

²³⁹ Wcześniej przyjęte dyrektywy, tj. dyrektywy Rady 64/429/EWG, dyrektywa Komisji 70/32/EWG oraz dyrektywa Rady 71/304/EWG nie dotyczyły bezpośrednio procedur udzielania zamówień publicznych, nie ingerowały w krajowe przepisy regulujące procedury zamówieniowe w zakresie podmiotów, które są zobowiązane do przestrzegania tej kategorii przepisów, określały jedynie ogólne wymagania wobec państw członkowskich do zapewnienia przestrzegania ogólnych swobód rynku wewnętrznego, w szczególności swobody świadczenia usług, przedsiębiorczości oraz przepływu towarów, w procedurach udzielania publicznych kontraktów na dostawy, usługi lub roboty budowlane.

²⁴⁰ W brzmieniu przed wskazaną zmianą przepisów.

²⁴¹ Zob. załącznik I do dyrektywy 71/305/EWG oraz załącznik I do dyrektywy 77/62/EWG.

²⁴² Zob. art. 1 lit. b wskazanych dyrektyw.

mu zamówień publicznych może dojść do powstania obowiązku zamówieniowego po stronie fundacji lub stowarzyszenia nie na podstawie ogólnego przepisu określającego zakres podmiotowy zastosowania przepisów dyrektyw, a na podstawie przepisu art. 13 dyrektywy 2014/24/UE²⁴³, który wprowadza swoiste rozszerzenie zakresu katalogu podmiotów zobowiązanych do udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, podmioty prywatne, które dysponują środkami pieniężnymi uzyskanymi od instytucji zamawiającej, mają obowiązek przestrzegania przy ich wydatkowaniu procedur określonych prawem unijnym. Obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powstaje w sytuacji, gdy ponad 50% udzielanego zamówienia subsydiowane jest bezpośrednio przez instytucje zamawiające, szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia jest równa lub większa od progów stosowania dyrektyw unijnych²⁴⁴:

- w sytuacji, gdy zamówienia te obejmują działalność z zakresu inżynierii lądowej i wodnej, w rozumieniu załącznika II do dyrektywy,
- jeżeli zamówienia te obejmują prace budowlane w zakresie budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych, budynków szkolnych i uniwersyteckich oraz budynków wykorzystywanych do celów administracyjnych.

Obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powstaje również w przypadku zamawiania usług, które związane są ze wskazanymi robotami budowlanymi, a które są subsydiowane w sposób bezpośredni przez instytucje zamawiające w ponad 50% oraz ich szacunkowa wartość jest równa lub przekracza progi unijne.

Analogiczne rozszerzenie katalogu podmiotów, które w rozumieniu dyrektyw unijnych zobowiązane są do przestrzegania ich postanowień przy dokonywaniu określonych zakupów pojawiło się po raz pierwszy w systemie europejskiego prawa zamówień publicznych wraz z nowelizacją dyrektywy 71/305/EWG, dokonaną na mocy dyrektywy 89/440/EWG²⁴⁵. Kolejny pakiet dyrektyw zamówieniowych również przewidywał tożsame regulacje. Zarówno dyrektywa 93/37/EWG dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane²⁴⁶, jak i dyrektywa 92/50/EWG koordynująca procedury udzielania zamówień

²⁴³ Analogiczna regulacja znajdowała się w art. 8 dyrektywy 2004/18/WE.

²⁴⁴ Aktualne progi unijne określa w szczególności rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz. U. UE L Nr 307, s. 5).

²⁴⁵ Zob. art. 1a dyrektywy 71/305/EWG. Przepis dodany przez wskazaną zmianę dyrektywy.

²⁴⁶ Zgodnie z art. 2 dyrektywy 93/37/EWG, państwa członkowskie podejmują niezbędne środki celem zapewnienia, że instytucje zamawiające stosują lub zapewniają stosowanie niniejszej dyrektywy, w przypadku gdy subsydują one bezpośrednio ponad 50 % zamówienia na

na usługi przewidywały obowiązek podmiotów prywatnych do przestrzegania procedur zamówieniowych w określonych ich przepisami wypadkach²⁴⁷.

1.3.2. Ustawa o zamówieniach publicznych

W polskim porządku prawnym początki funkcjonowania systemu zamówień publicznych, w znaczeniu zgodnym ze standardami obowiązującymi w Unii Europejskiej, utożsamiane są z wejściem w życie ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r., w związku z czym, uzasadnione wydaje się rozpoczęcie historycznej analizy obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia właśnie od regulacji zawartych w tym akcie prawnym.

Zakres podmiotowy stosowania ustawy o zamówieniach publicznych określony był w jej art. 4²⁴⁸. Zgodnie z ust. 1 pkt 5 wskazanego przepisu, ustawę stosowało się do zamówień publicznych udzielanych przez spółdzielnie, fundacje oraz stowarzyszenia, w zakresie, w jakim takie podmioty dysponowały środkami publicznymi²⁴⁹. Dla uzyskania statusu zamawiającego na tej podstawie prawnej bez znaczenia było to, czy mamy do czynienia z fundacją prawa publicznego czy fundacją prawa prywatnego, kto był założycielem stowarzyszenia, czy też zakres możliwości wywierania efektywnego wpływu na działalność jednostki ze strony podmiotów publicznych. Rozstrzygający charakter miały wyłącznie dwa czynniki, pierwszy o charakterze podmiotowym, a mianowicie wskazana w przepisie forma

roboty budowlane, udzielanego przez podmiot inny niż one same. Sytuacja taka dotyczy jednak wyłącznie zamówień objętych klasą 50, grupą 502 statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej (NACE), a także zamówień dotyczących robót budowlanych w zakresie budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych, budynków szkolnych i uniwersyteckich oraz budynków wykorzystywanych do celów administracyjnych. NACE – Statystyczna Klasyfikacja Działalności Gospodarczej w Unii Europejskiej, fr. *Nomenclature statistique des Activités économiques dans la Communauté Européenne*. Oznaczenia przyjęto w rozporządzeniu (WE) nr 1893/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie statystycznej kwalifikacji działalności gospodarczej NACE Rev. 2 i zmieniającym rozporządzenie Rady (EWG) nr 3037/90 oraz niektóre rozporządzenia WE w sprawie określonych dziedzin statystycznych (Dz. U. UE L 393 z 30.12.2006 r., s. 1).

²⁴⁷ Art. 3 ust. 3 dyrektywy 92/50/EWG stwierdzał, że w przypadku gdy instytucje zamawiające bezpośrednio subwencjonują ponad 50 % wartości zamówienia na usługi udzielanego przez inny podmiot i związanego z zamówieniem na roboty budowlane w rozumieniu art. 1a ust. 2 dyrektywy 71/305/EWG, państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, że instytucje zamawiające działają zgodnie z niniejszą dyrektywą lub zapewniają jej poszanowanie.

²⁴⁸ Dodatkowo art. 4a określał obowiązek stosowania przepisów ustawy odnośnie do zamawiających sektorowych.

²⁴⁹ Zob. Z. Świeboda, *Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 30-31.

organizacyjno-prawna podmiotu oraz czynnik przedmiotowy, sprowadzający się do stwierdzenia, że udzielane zamówienie związane było z dysponowaniem środkami publicznymi. Bez znaczenia dla objęcia fundacji lub stowarzyszenia dyspozycją art. 4 ust. 1 pkt 5 pozostawał natomiast procentowy udział środków publicznych w finansowaniu danego zamówienia publicznego. Decydujący był sam fakt ich wydatkowania, co odróżniało sytuację prawną fundacji i stowarzyszeń w zakresie obowiązku zamówieniowego w stosunku do podmiotów uzyskujących status zamawiającego na podstawie art. 4 ust. 2 ustawy²⁵⁰. Przepis ten wskazywał, że obowiązek przeprowadzenia procedury zamówieniowej spoczywał na innych, niż wymienione w ust. 1 omawianego przepisu, podmiotach, jednakże wyłącznie w sytuacji gdy ponad 50% udzielanego przez nie zamówienia było finansowane ze środków publicznych lub bezpośrednio przez podmioty wymienione w ust. 1. Jako uzasadnienie dla wprowadzenia danego przepisu wskazywało się potrzebę uszczelnienia systemu zamówień publicznych oraz uniemożliwienie dokonywania wydatków ze środków publicznych z wyłączeniem procedur udzielania zamówień²⁵¹.

Zawarte w art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy o zamówieniach publicznych bezpośrednio wskazanie fundacji i stowarzyszeń może prowadzić do wniosku, iż był to jedyny przepis, który mógł stanowić podstawę obowiązku stosowania ustawy przez takie podmioty. Wydaje się jednak, iż takie podejście należy oceniać w kategoriach zbytniego uproszczenia sytuacji prawnej fundacji i stowarzyszeń jako zamawiających w rozumieniu ustawy. Konieczne jest bowiem wskazanie dodatkowo na przepis art. 4 ust. 1 pkt 6²⁵², który stwierdzał, że ustawę stosowało się do zamówień publicznych udzielanych przez jednostki zależne, które wykonywały zadania o charakterze użyteczności publicznej. Pod pojęciem jednostki zależnej z kolei, art. 2 pkt 11²⁵³ ustawy nakazywał rozumieć jednostki organizacyjne, w których państwowe lub komunalne jednostki organizacyjne posiadały m.in. prawo do powoływania lub odwoływania co najmniej połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego²⁵⁴. Stwierdzenie obowiązku stosowania ustawy przez fun-

²⁵⁰ Przepis wprowadzono na grunt ustawy o zamówieniach publicznych na mocy nowelizacji przepisów dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. 2001 nr 76 poz. 813).

²⁵¹ Co z kolei przyczyniło się do usunięcia wątpliwości w zakresie stosowania ustawy przez inwestorów zastępczych. J. Pieróg, *Zamówienia publiczne. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 98-99.

²⁵² Przepis wprowadzono na grunt ustawy o zamówieniach publicznych na mocy nowelizacji przepisów dokonanej ustawą o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 29 sierpnia 1997 r.

(Dz. U. Nr 123 poz. 778).

²⁵³ Art. 2 ust. 1 pkt 11 (po nowelizacji przepisów dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r.).

²⁵⁴ Po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2001 r. przepis uzyskał nową treść, zgodnie z którą jednostka zależna oznaczała jednostkę organizacyjną, na którą zamawiający miał bezpośredni

dacie lub stowarzyszenia na tej podstawie wymagało stwierdzenia, że podmioty publiczne posiadają czynne prawo wyborcze odnośnie do określonych organów funkcjonujących w ich strukturze. Drugą przesłankę stanowił fakt wykonywania przez fundację lub stowarzyszenie zadań o charakterze użyteczności publicznej. Wskazana podstawa prawna obowiązku stosowania procedur zamówieniowych pozostaje w funkcjonalnym związku z obecnie obowiązującym pojęciem podmiotu prawa publicznego jako zamawiającego. Należy w tym miejscu wskazać, że do czasu wejścia w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2001 r. przedstawione uwagi na temat art. 4 ust. 1 pkt 6 w kontekście fundacji i stowarzyszeń posiadały wyłącznie wartość teoretyczną. Przed nowelizacją bowiem obowiązywała ogólna zasada, która uzależniała zastosowanie przepisów ustawy od faktu wydatkowania środków publicznych. Tak więc nawet w przypadku fundacji lub stowarzyszeń, które spełniały przesłanki uznania za jednostkę zależną wykonującą zadania o charakterze użyteczności publicznej, obowiązek stosowania ustawy powstawał dopiero w chwili wydatkowania środków publicznych. Bez względu zatem czy fundacja czy stowarzyszenie mogło być uznane za jednostkę zależną, w każdym przypadku powstania obowiązku stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych przez taki podmiot zastosowanie mógł znaleźć przepis art. 4 ust. 1 pkt 5. Praktyczne zastosowanie art. 4 ust. 1 pkt 6 wobec fundacji lub stowarzyszenia było więc zasadne dopiero w porządku prawnym po nowelizacji²⁵⁵, która zniósła warunek uczestniczenia środków publicznych w finansowaniu określonego zamówienia jako przesłanki stosowania ustawy²⁵⁶. Tym samym potencjalny krąg podmiotów, które mogły uzyskać status zamawiającego został znacząco poszerzony.

1.3.3. Ustawa – Prawo zamówień publicznych

W początkowym okresie obowiązywania ustawy – Prawo zamówień publicznych, art. 3, który wyznacza podmiotowy zakres obowiązku stosowania jej przepisów, zawierał trzy kategorie zamawiających, do których zaliczone mogły być fundacje i stowarzyszenia. Najistotniejszym jest przepis art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, w szczególności z uwagi na fakt, iż pomimo szeregu nowelizacji przepisów ustawy jego treść pozostała niezmieniona i w obecnym porządku prawnym obowiązuje w takiej samej formie, jak w pierwotnej wersji Prawa zamówień publicznych. Przepis stanowi, iż obowiązek stosowania ustawy spoczywa na wyposażonych

lub pośredni wpływ wynikający m.in. z posiadania prawa do powoływania lub odwoływania co najmniej połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego.

²⁵⁵ Znowelizowane przepisy weszły w życie w dniu 26 października 2001 r.

²⁵⁶ J. Pieróg, *Zamówienia...*, *op. cit.*, s. 60.

w osobowość prawną podmiotach, które zostały utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, przy czym nie posiadają charakteru przemysłowego ani handlowego. Status zamawiającego takich osób prawnych uzależniony jest jednak od ustalenia, że podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz jednostki sektora finansów publicznych i inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Treść art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi implementację na grunt krajowych regulacji przepisów dyrektyw unijnych, które odnoszą się do podmiotów prawa publicznego, jako kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych.

Kolejnym przepisem, na podstawie którego fundacje i stowarzyszenia mogą uzyskać status zamawiającego w rozumieniu Prawa zamówień publicznych jest art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp. W ogłoszonym tekście ustawy jego treść odbiegała znacząco od obecnie obowiązującej wersji. Zgodnie bowiem z brzmieniem przepisu sprzed nowelizacji, obowiązek stosowania przepisów ustawy spoczywał na innych, niż określone w pkt 1 i 2²⁵⁷, podmiotach, w sytuacji gdy ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia było finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3²⁵⁸. Treść przepisu podyktowana była przez odpowiednie regulacje dyrektyw unijnych, obowiązujących w chwili ogłoszenia tekstu ustawy²⁵⁹.

W związku z koniecznością implementacji nowych dyrektyw UE²⁶⁰, na mocy ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wprowadzono treść art. 3 ust. 1 pkt 5, która w sposób znaczący zawężyła krąg podmiotów obowiązanych do stosowania ustawy na tej podstawie. Zgodnie ze znowelizowanym brzmieniem przepisu, status zamawiającego uzyskują podmioty, które

²⁵⁷ Tj. innych niż jednostki sektora finansów publicznych i inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.

²⁵⁸ Tj. jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub podmioty prawa publicznego.

²⁵⁹ Mianowicie, art. 2 dyrektywy 93/37/EWG oraz art. 3 dyrektywy 92/50/EWG. Należy jednak podnieść, że zamiar dostosowania polskiej ustawy do regulacji europejskich nie został w omawianym zakresie w pełni osiągnięty. Krajowa ustawa nie określała bowiem przedmiotowego ograniczenia obowiązku stosowania procedur zamówieniowych w przypadku zamówień subsydiowanych (zob. art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37/EWG).

²⁶⁰ W omawianym zakresie przedmiotem implementacji był art. 8 dyrektywy 2004/18/WE.

nie są zaliczane do kategorii jednostek sektora finansów publicznych lub innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, w sytuacji gdy kumulatywnie wystąpią następujące przesłanki:

- udzielane przez nie zamówienie jest w ponad 50 % finansowane ze środków publicznych lub przez jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub podmioty prawa publicznego,
- wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne,
- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Na mocy tej samej nowelizacji ustawy, rozszerzono katalog zamawiających o nową kategorię podmiotów. Zgodnie z wprowadzonym art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp, zobowiązane do stosowania ustawy zostały związki podmiotów składające się z jednostek należących do sektora finansów publicznych, innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub tzw. podmiotów prawa publicznego. Występujące w danym przepisie sformułowanie „związek” należy utożsamiać z kategoriami podmiotów, których organizacja zakłada udział o charakterze członkowskim²⁶¹. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy, głównym celem dokonanej zmiany było dostosowanie krajowych przepisów do postanowień dyrektyw unijnych, które nakładają obowiązek dokonywania zakupów z zastosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych przez związki złożone z jednej lub wielu jednostek Państwa, samorządu terytorialnego lub podmiotów prawa publicznego. W związku z tym, z uwagi na konieczność zapewnienia pewności prawa, niezbędne jest jasne i wyraźne wskazanie wszystkich podmiotów, na które nałożony jest obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Ma to również zapobiec jakimkolwiek nadużyciom w systemie zamówień publicznych²⁶².

Z uwagi na kryterium liczby fundacji i stowarzyszeń, w stosunku do których określone przepisy znajdowały zastosowanie w praktyce, do najistotniejszej zmiany przepisów dotyczących zakresu podmiotowego obowiązku stosowania procedur Prawa zamówień publicznych doszło na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw²⁶³.

²⁶¹ Tak: M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 57.

²⁶² Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy nr 127 z dnia 2005-10-19, s. 2.

²⁶³ Dz. U. 2009 nr 223 poz. 1778.

W wyniku tej nowelizacji skreślono bowiem przepis art. 3 ust. 1 pkt 6 Pzp, który funkcjonował w systemie zamówień publicznych od chwili wejścia w życie obecnie obowiązującej ustawy. Na mocy tej regulacji, status zamawiającego uzyskiwały podmioty, które nie były zaliczane do jednostek sektora finansów publicznych lub innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, przy założeniu, że dane zamówienie finansowane było z udziałem środków, których przyznanie uzależniono od zastosowania określonej w ustawie procedury udzielania zamówienia publicznego.

Zasadniczy cel omawianej zmiany stanowił zamiar zapewnienia tożsamości podmiotowej pomiędzy ustawą – Prawo zamówień publicznych a dyrektywą 2004/18/WE. Uchylony przepis ustawy zbyt szeroko określał zakres podmiotowy obowiązku stosowania procedur zamówieniowych w stosunku do regulacji unijnych, które przesłankę subsydiowania zamówienia przez instytucje zamawiające utożsamiają z obowiązkiem zamówieniowym podmiotu otrzymującego dofinansowanie wyłącznie przy spełnieniu określonych warunków, w krajowej ustawie wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 5.

Należy jednak wskazać, że wraz z wykreśleniem art. 3 ust. 1 pkt 6 z ustawy, podmioty publiczne przyznające środki na rzecz podmiotów prywatnych, w szczególności fundacji i stowarzyszeń, nie zostały pozbawione możliwości określenia zasad, zgodnie z którymi dane środki mają być wydatkowane. Nowelizacja wprowadziła bowiem przepis art. 3 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym podmioty, posiadające status zamawiającego w rozumieniu ustawy, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Przeprowadzony zabieg legislacyjny uzasadniony był przede wszystkim postulatem odformalizowania obowiązków proceduralnych nakładanych na podmioty prywatne, przy jednoczesnym zagwarantowaniu przejrzystości przy wydatkowaniu środków publicznych.

Wprowadzona zmiana miała przyczynić się do przyspieszenia oraz ułatwienia wydatkowania w szczególności funduszy unijnych. Wynika to z faktu, iż od wejścia w życie znowelizowanych przepisów²⁶⁴, beneficjent środków, który nie posiada statusu zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 Pzp, może stosować procedury uproszczone uwzględniające wyłącznie zasady przewidziane w TFUE, w szczególności równego traktowania, uczciwej konkurencji, przejrzystości, swobody świadczenia usług, swobody prowadzenia działalności gospodarczej, przepływu towarów.

Praktyka stosowania art. 3 ust. 1 pkt 6 Pzp, który ad hoc zobowiązywał podmioty prywatne do stosowania ustawy, pokazała, że w wielu przypadkach nie są

²⁶⁴ Tj. od dnia 29 stycznia 2010 r.

one w stanie w sposób prawidłowy przeprowadzić procedury udzielenia zamówienia publicznego, zgodnie z trybem określonym przepisami Prawa zamówień publicznych. Prowadzone postępowania często wiązały się z naruszeniem norm ustawy, co skutkowało nakładaniem korekt finansowych, w sytuacjach, w których nie było to konieczne z punktu widzenia regulacji unijnych. Zmiana przepisów była zatem niezbędna dla zapewnienia efektywności wydatkowania środków przyznanych podmiotom prywatnym²⁶⁵.

Podsumowując, należy wskazać, że w obecnym stanie prawnym ustawa – Prawo zamówień publicznych przewiduje trzy przepisy, na podstawie których fundacje lub stowarzyszenia mogą uzyskać status zamawiającego w rozumieniu jej przepisów. Mianowicie, art. 3 ust. 1 pkt 3, art. 3 ust. 1 pkt 5 oraz art. 3 ust. 1 pkt 3a²⁶⁶. Dodatkowo, na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp, beneficjenci środków mogą zostać zobowiązani do przestrzegania określonych zasad wydatkowania przyznanych im środków. Pomimo ograniczenia ich swobody kontraktowania we wskazanym zakresie, fundacja lub stowarzyszenie nie uzyska na tej podstawie statusu zamawiającego w rozumieniu ustawy. Należy jednak wskazać, że umowa o dofinansowanie projektu może określać zobowiązanie do przeprowadzenia procedury na wzór ustawowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek taki może mieć jednak wyłącznie charakter pomocniczego odwołania do przepisów ustawy, nie pociągając przy tym za sobą konsekwencji ustawowego statusu zamawiającego, m.in. w postaci obowiązków związanych z uprawnieniami kontrolnymi Prezesa UZP, czy też możliwości korzystania przez wykonawców z określonych w ustawie środków ochrony prawnej i właściwości KIO do rozpatrywania sporów dotyczących danego postępowania.

1.4. Podsumowanie

Na gruncie prawa pierwotnego Unii Europejskiej brak jest regulacji, które wprost odnosiłyby się do materii procedur udzielania zamówień publicznych. Należy jednak pamiętać, że Postanowienia TFUE stanowią podstawowe źródło regulacji, których przedmiotem jest funkcjonowanie rynku wewnętrznego w Unii Europejskiej, którego integralną częścią jest rynek zamówień publicznych. Jest to szczególnie istotne z uwagi na fakt, iż zasady Traktatu obowiązują erga omnes, także w odniesieniu do dokonywania zakupów, w przypadku których zamawiający

²⁶⁵ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2310 z dnia 2009-08-31, s. 4-5.

²⁶⁶ Przepis ten jednak dotyczyć może wyłącznie podmiotów funkcjonujących w organizacyjno-prawnej formie stowarzyszenia.

korzystają z przedmiotowych lub podmiotowych wyłączeń spod regulacji dyrektyw, na mocy których nastąpiła szczegółowa regulacja procedur udzielania zamówień publicznych²⁶⁷.

Problematyka zamówień publicznych stała się przedmiotem szczegółowych regulacji na poziomie wtórnego prawa Unii Europejskiej, a podstawowymi aktami prawnymi, przy wykorzystaniu których nastąpiła harmonizacja prawa zamówień publicznych, są dyrektywy. Obecnie podstawowymi dyrektywami regulującymi procedury udzielania zamówień publicznych są:

- dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) oraz
- dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (tzw. dyrektywa sektorowa).

Początek polskiego systemu zamówień publicznych należy utożsamiać z wejściem w życie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Obecnie podstawowym aktem prawnym regulującym procedury dokonywania publicznych zakupów dostaw, usług i robót budowlanych jest ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Ustawa posiada obecnie kilkanaście aktów wykonawczych.

W doktrynie zauważalny jest spór odnośnie do gałęziowej przynależności norm prawnych zawartych w ustawie - Pzp. Prawidłowe wydaje się być stanowisko, zgodnie z którym regulacja zawarta w omawianej ustawie posiada charakter kompleksowy, bowiem jej zakres obejmuje z jednej strony normy o charakterze administracyjnoprawnym, z drugiej natomiast normy cywilnoprawne. W ramach pierwszej grupy norm wskazać należy przede wszystkim na regulacje dotyczące statusu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Rady Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, lecz także przepisy dotyczące środków kontrolnych i środków restrykcyjno-sankcyjnych, a w części również regulacje odnoszące się do środków ochrony prawnej. Cywilnoprawny charakter natomiast przepisy regulujące stosunki prawne pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, co wynika w szczególności z zastosowanej przez ustawodawcę metody ich regulacji.

W zakresie podstaw prawnych funkcjonowania fundacji i stowarzyszeń do najważniejszych aktów prawnych należą: ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach oraz ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach. Z punktu widzenia tematu niniejszej monografii, istotne znaczenie ma ustawa z dnia

²⁶⁷ H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia...*, *op. cit.*, s. 11.

24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Zarówno w odniesieniu do fundacji, jak i stowarzyszeń należy również wskazać na szczególny charakter statutu takich podmiotów. Stanowi on akt, który reguluje strukturę wewnętrzną i organizację jednostki. Posiada on charakter wewnętrznego źródła prawa, które jednak często wywiera wpływ na stosunki pomiędzy fundacją lub stowarzyszeniem a podmiotami zewnętrznymi.

Objęcie obowiązkiem udzielania zamówień publicznych podmiotów funkcjonujących w formie fundacji lub stowarzyszenia nie stanowi zjawiska nowego, zarówno na gruncie europejskiego prawa zamówień publicznych, jak i w świetle krajowych regulacji. W tym miejscu należy wskazać, że w obecnym stanie prawnym ustawa - Pzp przewiduje trzy przepisy, na podstawie których fundacje lub stowarzyszenia mogą uzyskać status zamawiającego w rozumieniu jej przepisów. Mianowicie, art. 3 ust. 1 pkt 3, art. 3 ust. 1 pkt 5 oraz art. 3 ust. 1 pkt 3a. Należy również pamiętać, że podstawie art. 3 ust. 3 Pzp określone w ustawie podmioty przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

ROZDZIAŁ II

POJĘCIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

2.1. Analiza ustawowej definicji zamówienia publicznego

Zgodnie z art. 2 pkt 13 Pzp, zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, mające za przedmiot usługi, dostawy lub roboty budowlane. Brzmienie ustawowej definicji zostało dostosowane do definicji zamówień publicznych zawartej w dyrektywach Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE pod pojęciem zamówień publicznych należy rozumieć umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług. Analogiczna definicja znajduje się w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2014/25/UE¹. Takie rozumienie „zamówienia publicznego”, sprowadzające się do definiowania tego pojęcia jako odpłatnej umowy, zawieranej na piśmie przez określone kategorie podmiotów, obowiązuje w prawie Unii Europejskiej od wprowadzenia pierwszych regulacji odnoszących się bezpośrednio do rynku zamówień publicznych².

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, przy ustalaniu zakresu pojęcia „umowa” nie należy opierać się jedynie o wewnętrzne regulacje państwa członkowskiego. W przeciwnym przypadku, zbyt łatwo byłoby uniknąć obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych, poprzez niezaliczanie przez prawo krajowe określonych porozumień do kategorii umów³. Podobne stanowisko zajęł ETS w orzeczeniu w sprawie Auroux, w którym stwierdził, że definicja zamówienia publicznego na roboty budowlane należy do właściwości prawa europejskiego. Dyrektywa nie zawiera żadnego wyraźnego odesłania do prawa państw członkow-

¹ Zgodnie z tym przepisem: zamówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jednym lub wieloma podmiotami zamawiającymi a jednym lub wieloma wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług.

² Zob. art. 1 lit. a dyrektywy 71/305/EWG, art. 1 lit. a dyrektywy 77/62/EWG, art. 1 lit. a dyrektywy 92/50/EWG, art. 1 lit. a dyrektywy 93/37/EWG, art. 1 lit. a dyrektywy 93/36/EWG.

³ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Zakamycze 2006, s. 54-55.

skich w celu ustalenia jego treści i zakresu, dlatego też kwalifikacja takich umów w prawie francuskim pozostaje bez wpływu na ustalenie czy porozumienie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy⁴.

Podstawową różnicą pomiędzy definicją zamówień publicznych zawartą w polskiej ustawie, a definicją wprowadzoną przez dyrektywy unijne jest to, że krajowy ustawodawca nie wskazuje w definicji zamówienia na obowiązek zawarcia umowy na piśmie. Nie oznacza to jednak, że ustawa – Pzp dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego np. w formie ustnej. Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 2 Pzp umowa wymaga zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej⁵. Dodatkowo, przepis ten wskazuje, że forma pisemna jest formą ad solemnitatem, co oznacza, że konsekwencją jej niedochowania jest bezwzględna nieważność zawartej umowy⁶.

Analizując pojęcie zamówienia publicznego jako umowy, należy wskazać, iż umowa taka wpisuje się w kodeksowy model umowy wzajemnej. Zgodnie z art. 487 § 2 KC, z umową wzajemną mamy do czynienia w sytuacji, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Umowa tego typu jest więc rodzajem umowy dwustronnie zobowiązującej, której cechą charakterystyczną jest subiektywna ekwiwalentność świadczeń obu stron. Bez znaczenia przy tym jest ekonomiczna równoważność, ustalona według kryteriów obiektywnych. Oznacza to, że wzajemny charakter umowy ma miejsce, gdy w ocenie każdej ze stron stosunku zobowiązaniowego, ich świadczenia są względem siebie równowartościowe, a pomiędzy świadczeniami występuje związek zależności, polegający na tym, iż determinantą zobowiązania się jednej strony jest oczekiwanie otrzymania świadczenia drugiej strony (w myśl paremii łacińskiej *do ut des- daję, abys dał*)⁷.

⁴ Orzeczenie ETS z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05, pkt 40.

⁵ Praktyczne znaczenie przepisu nakazującego nadawanie umowie w sprawie zamówienia publicznego formy szczególnej jest w znacznym stopniu ograniczone z uwagi na znajdujące się w art. 4 pkt 3 lit. i wyłączenie stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych do nabywania własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, tak: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 601.

⁶ Nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi sankcję niedochowania formy pisemnej w każdym przypadku, niezależnie od tego czy przepisy regulujące dany typ umowy przewidują taką konsekwencję, np. umowa o roboty budowlane (zgodnie z art. 648 § 1 w zw. z art. 73 § 1 KC) powinna być stwierdzona pismem, wyłącznie dla celów dowodowych (ad probationem), jeżeli jednak umowa o roboty budowlane zawierana jest w ramach obrotu regulowanego przepisami Pzp, mamy do czynienia z formą pisemną zastrzeżoną pod rygorem nieważności, tak: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 600.

⁷ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2005, s. 117-118.

Synalagmatyczność umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika bezpośrednio z ustawowej definicji zamówienia publicznego. Każda ze stron stosunku zobowiązaniowego, powstającego w wyniku przeprowadzenia postępowania i zawarcia umowy o zamówienie publiczne, jest jednocześnie wierzycielem, jak i dłużnikiem. Wykonawca jest dłużnikiem zamawiającego w zakresie należytego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego, a wierzycielem odnośnie do otrzymania zapłaty przysługującego mu wynagrodzenia. Odwrotnie natomiast zamawiający jako wierzyciel może żądać od wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia, a jako dłużnik ma obowiązek zapłacenia określonej ceny. Wzajemność umów w sprawie zamówienia publicznego stanowi ich cechą konstytutywną. Nie będziemy mieli do czynienia z zamówieniem publicznym w przypadku umowy, na mocy której zamawiający otrzymuje określone roboty budowlane, usługi czy dostawy, bez konieczności ich opłacenia, jak również w przypadku, gdy zamawiający sam świadczy, nie uzyskując jednak świadczenia wzajemnego. W pierwszej sytuacji, czynnikiem decydującym o niemożliwości uznania takiego stanu faktycznego za zamówienie publiczne jest brak odpłatności umowy, w drugiej natomiast nie występuje element uzyskania robót budowlanych, usług lub dostaw, stanowiących skonkretyzowany ustawowo zakres przedmiotowy pojęcia zamówienia publicznego⁸.

W doktrynie widoczny jest spór w kwestii uznania umowy w sprawie zamówienia publicznego za odrębny typ umowy nazwanej. Mało konsekwentne stanowisko w tym sporze zajmuje P. Granecki. Z jednej strony bowiem, stwierdza, iż „umowa o zamówienie publiczne jest pozakodeksowym typem umowy nazwanej”⁹, a następnie przyjmuje, że „umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest odrębnym typem umowy nazwanej”¹⁰. Swoje stanowisko, przyjmujące, że umowa w sprawie zamówienia nie stanowi odrębnego typu umowy nazwanej, uzasadnia tym, iż z umowami nazwanymi mamy do czynienia w przypadku, gdy essentialia negotii umowy określone są przepisami prawa, a w przypadku umowy o zamówienie publiczne ustawa nie określa wskazanych elementów przedmiotowo istotnych. Autor nie jest konsekwentny w swoich twierdzeniach, z jednej strony, w toku analizy legalnej definicji zamówienia publicznego, wskazuje na essentialia negotii umowy o zamówienie publiczne¹¹, z drugiej natomiast, w części poświęconej umowie o zamówienie publiczne, podkreśla, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyznacza essentialia negotii takiej umowy¹².

⁸ J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 601-602.

⁹ Zob. P. Granecki, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 26.

¹⁰ *Idem*, s. 343.

¹¹ *Idem*, s. 25.

¹² *Idem*, s. 343-344.

Kwestia czy Prawo zamówień publicznych określa elementy przedmiotowo istotne umowy o zamówienie, a co za tym idzie, czy mamy do czynienia z odrębnym typem umowy nazwanej niewątpliwie może wzbudzać dyskusje. Z jednej strony, z legalnej definicji zamówienia publicznego wynikają trzy essentialia negotii zamówienia, bez kumulatywnego wystąpienia których nie można mówić o zamówieniu publicznym, rozumianym w tym kontekście jako umowa. Z drugiej strony, w wyniku przeprowadzenia procedury zamówieniowej nie zostaje podpisana umowa właściwa tylko dla regulacji Prawa zamówień publicznych, wręcz przeciwnie, ustawa odsyła do poszczególnych typów umów nazwanych, co jest szczególnie widoczne chociażby na przykładzie legalnej definicji dostaw¹³. Co więcej, Prawo zamówień publicznych nie wprowadza ograniczeń w zakresie zawarcia, w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umowy o charakterze mieszanym lub umowy nienazwanej¹⁴.

Kontrowersyjne stanowisko w sporze o charakter umowy o zamówienie publiczne zajął SN w wyroku z dnia 13 września 2001 r.¹⁵, w którym stwierdził, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowi pozakodeksowy typ umowy nazwanej¹⁶. Teza ta spotkała się ze słuszną krytyką ze strony przedstawicieli doktryny¹⁷. Odmienne stanowisko wyraził SN w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r.¹⁸, w którym stwierdził, iż z uwagi na to, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy KC i KPC, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, należy przyjąć, że nie było wolą ustawodawcy wyodrębnianie samodzielnego typu umowy nazwanej.

Zdaniem autora niniejszej monografii, na pytanie czy umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowi odrębny typ umowy nazwanej, należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Legalna definicja zamówienia publicznego wprowadza essentialia negotii tego pojęcia, jednak, pomimo iż ustawodawca utożsamia zamówienia z umo-

¹³ Zgodnie z art. 2 pkt 2 Pzp, pod pojęciem dostaw należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

¹⁴ Tak: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.* s. 602.

¹⁵ Wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., sygn. akt IV CKN 381/00, OSNC 2002 nr 6, poz. 75, s. 20.

¹⁶ Zob. też: A. Malinowski, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem oraz aktami szczegółowymi*, Warszawa 2010, s. 5.

¹⁷ A. Szyszkowski, glosa do wyroku SN z dnia 13 września 2001 r., sygn. akt IV CKN 381/00, „Monitor Prawniczy” 2002 r., nr 21, s. 1004 i n., R. Szostak, glosa do wyroku SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., sygn. akt III CKN 1320/00, „Przegląd Sądowy” 2005 r., nr 1, s. 180 i n.

¹⁸ Wyrok SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., sygn. akt III CKN 1320/00, OSNC 2004 nr 7-8, poz. 112, s. 50.

wami, wskazane w definicji elementy przedmiotowo istotne należy odnosić bardziej do stanu faktycznego, od którego cech uzależnione jest powstanie obowiązku stosowania procedur zamówieniowych, niż do umowy, zawieranej w wyniku przeprowadzenia postępowania. Umowa o zamówienie publiczne przyjmuje zawsze postać innego, kodeksowego typu umowy, a fakt kumulatywnego wystąpienia essentialia negotii wynikających z legalnej definicji zamówienia, pociąga za sobą jedynie konsekwencje w postaci objęcia danej umowy reżimem Prawa zamówień publicznych, w szczególności charakteryzującym się obowiązkiem poprzedzenia zawarcia umowy określonymi w ustawie czynnościami o charakterze proceduralnym. Umowa zamówieniowa, przyjmująca postać jakiegokolwiek z typów umów, np. umowy sprzedaży czy umowy zlecenia, przez sam fakt zawarcia jej w drodze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie uzyskuje dodatkowych czy też odmiennych elementów przedmiotowo istotnych¹⁹.

Legalna definicja zamówienia publicznego wskazuje na trzy fundamentalne elementy takiej umowy:

- odpłatność,
- określony zakres podmiotowy (zamawiający i wykonawca),
- określony zakres przedmiotowy (usługi, dostawy lub roboty budowlane).

W doktrynie podkreśla się, że powyższe elementy mają charakter essentialia negotii. Oznacza to, że w przypadku gdy w określonym stanie faktycznym stwierdzimy brak chociażby jednego z nich, nie będzie można mówić o zamówieniu publicznym w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, a obowiązek stosowania ustawy nie powstanie²⁰.

2.1.1. Odpłatność umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą

Cechą charakterystyczną odpłatnej czynności prawnej jest to, iż strona stosunku dokonująca przysporzenia, otrzymuje lub ma otrzymać korzyść majątkową, która stanowi ekwiwalent tego przysporzenia²¹. Czynności prawne odpłatne są zatem formą czynności prawnych dwustronnie zobowiązujących, na podstawie których obie strony stosunku zobowiązaniowego mają uzyskać określoną korzyść majątkową²². W stosunku zobowiązaniowym powstającym w wyniku przeprowa-

¹⁹ Tak. J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 602.

²⁰ Tak P. Granecki, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 25, zob. także P. Szustakiewicz [w:] M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia...*, *op. cit.*, s. 12.

²¹ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa 2001, s. 268-269.

²² Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2011, s. 226.

dzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia, wykonawca jest zobowiązany świadczyć usługi, dostarczyć określone dobra lub wykonać roboty budowlane na rzecz zamawiającego, za co zamawiający ma obowiązek zapłacić wykonawcy określoną cenę.

Klasyfikacja poszczególnych czynności prawnych do odpłatnych lub nieodpłatnych nastąpić może na podstawie dwóch kryteriów, formalnego i merytorycznego. Z formalnego punktu widzenia, czynnikiem rozstrzygającym jest sama treść stosunku zobowiązaniowego powstającego w wyniku dokonania określonej czynności prawnej. Przy takim założeniu określone rodzaje czynności prawnych będą z definicji zawsze odpłatne, np. umowa sprzedaży, umowa najmu, umowa o dzieło, inne z kolei będą zawsze nieodpłatne, np. darowizna, użyczenie. Wyróżnia się również grupę czynności prawnych, których odpłatny lub nieodpłatny charakter uzależniony jest od woli stron danego stosunku prawnego, np. pożyczka oprocentowana lub nieoprocenowana, zlecenie, przechowanie za wynagrodzeniem lub bez wynagrodzenia. Natomiast z merytorycznego punktu widzenia, o uznaniu danej czynności prawnej za odpłatną lub nie, decyduje czynnik gospodarczy, czyli wartość gospodarcza korzyści obu stron stosunku (kryterium obiektywne) lub wartość szczególnego upodobania (kryterium subiektywne). Takie podejście do kwestii odpłatności lub nieodpłatności czynności prawnych powoduje, że za nieodpłatne mogą zostać uznane czynności prawne *ex definitione* odpłatne, np. sprzedaż za symboliczną złotówkę i odwrotnie, czynności prawne nieodpłatne mogą uzyskać charakter odpłatny, np. darowizna obciążona poleceniem²³. Z punktu widzenia Prawa zamówień publicznych, w kontekście zaistnienia obowiązku stosowania procedur zamówieniowych, rozstrzygające znaczenie ma formalna metoda ustalania odpłatnego charakteru umowy, na podstawie której zamówienie ma być udzielone. Oznacza to, że analiza, czy w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z zamówieniem publicznym czy nie sprowadza się do ustalenia czy umowa jest *ex definitione* odpłatna. Znacząca większość umów, które w praktyce są najczęściej wykorzystywane w procesie udzielania zamówień publicznych, tj. umowa sprzedaży, dostawy, umowa o dzieło czy umowa o roboty budowlane, z definicji ma charakter odpłatny, co nie wywołuje wątpliwości u podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy. Ustalenie odpłatnego charakteru, jako przesłanki stosowania procedur zamówieniowych, może okazać się problematyczne w przypadku umowy zlecenia, wykorzystywanej bardzo często przy udzielaniu zamówień publicznych na usługi. Umowa zlecenia, obok umowy rachunku bankowego, umowy przechowania czy umowy pożyczki, zaliczana jest do kategorii umów, których odpłatny charakter zależy od woli stron danego stosunku zobowią-

²³ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, *op. cit.*, Warszawa 2001, s. 269.

zaniowego. Według M. Płużańskiego, takie umowy będą uznawane za zamówienia publiczne, wyłącznie w przypadku, gdy zamawiający nada im charakter odpłatny²⁴.

Należy zgodzić się z tezą, że w przypadku umowy zlecenia bez wynagrodzenia obowiązek przestrzegania procedur zamówień publicznych nie istnieje. Powstaje jednak pytanie, czy zamawiający i wykonawca mogą swobodnie ustalić brak wynagrodzenia za określone zlecenie. W przypadku umowy zlecenia domniemuje się jej odpłatny charakter, zgodnie bowiem z art. 735 § 1 KC, za wykonanie zlecenia należy się wynagrodzenie, chyba że z umowy lub okoliczności wynika, że przyjmujący zlecenie zobowiązał się wykonać je bez wynagrodzenia. Wydaje się, że działanie zamawiającego, polegające na wykreowaniu stosunku zobowiązaniowego, w sposób wyłączający zastosowanie ustawy Pzp i zezwalający na udzielenie zlecenia konkretnemu oferentowi, bez dopuszczania jakiegokolwiek konkurencji, mogłoby zostać uznane za naruszające podstawowe zasady TFUE. Chodzi tu przede wszystkim o swobodę przepływu towarów, swobodę przedsiębiorczości, swobodę świadczenia usług, niedyskryminację i równe traktowanie.

Z kolei analiza motywów jakimi kieruje się wykonawca, podejmujący się wykonania „potencjalnego” zamówienia publicznego rezygnując z wynagrodzenia, może prowadzić do wniosku, że mamy do czynienia z zachowaniem godzącym w uczciwą konkurencję. Zasadniczo, wykonanie zlecenia kreuje po stronie wykonawcy mniejsze lub większe koszty. Mając to na uwadze, trudno jest znaleźć uzasadnienie dla podjęcia się wykonania zlecenia bez wynagrodzenia. Z punktu widzenia logiki, przy uwzględnieniu racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców, uzasadniony wydaje się wniosek, iż motywem takiego działania wykonawcy może być chęć uzyskania korzyści nieposiadającej wartości wymiernej w pieniądzu, np. w postaci referencji za wykonanie publicznego kontraktu. Takie działanie mogłoby zostać uznane za wypełniające znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa wśród czynów nieuczciwej konkurencji wymienia w art. 15 ust. 1 czyn polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku m.in. przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W tym miejscu warto przytoczyć tezę zawartą w wyroku KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r.²⁵, w którym przyjęto, że dla stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczające jest ustalenie ziszczenia się kumulatywnie przesłanek, iż zachowanie przedsiębiorcy jest bezprawne, jako sprzeczne nie tylko z przepisami, ale z dobrymi obyczajami, a ponadto szkodliwe,

²⁴ Zob. M. Płużański, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 24.

²⁵ Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, Legalis Nr 367016.

gdyż zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi są natomiast wzorcami postępowania - podobnie jak zasady współżycia społecznego czy ustalone zwyczaje i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkową.

W kontekście odpłatności umowy w sprawie zamówienia publicznego w doktrynie zauważalny jest spór dotyczący korzyści majątkowej przysługującej wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia. Sporną kwestię stanowi mianowicie charakter owej korzyści, czy musi ona przyjąć formę korzyści pieniężnej, czy też może mieć charakter niepieniężny.

Według J. Baehra, T. Kwiecińskiego oraz A. Stawickiego, poprzez odpłatność umowy w sprawie zamówienia publicznego należy rozumieć wyłącznie korzyść pieniężną, a nie jakąkolwiek korzyść majątkową. Taka interpretacja przesłanki odpłatności umowy uzasadniona jest celem, dla którego wprowadzono szczególne procedury wyboru wykonawców, jakim jest racjonalne wydatkowanie środków pieniężnych przez podmioty podlegające ustawie. Wynika z tego, że procedury udzielania zamówień publicznych należy stosować jedynie w przypadku wydatkowania środków pieniężnych²⁶. Również według K. Strzyczkowskiego, za wykonanie zamówienia przysługuje wynagrodzenie, które posiada charakter świadczenia pieniężnego²⁷. Analogiczne stanowisko zajmuje E. Przeszło, który twierdzi, iż pomimo wystąpienia elementu ekwiwalentności świadczeń, nie możemy mówić o zamówieniu publicznym, jeżeli brak jest wykorzystania pieniądza²⁸. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku NSA z dnia 6 czerwca 2006 r.²⁹, w którym postawiono tezę, że związki regulacji prawnych dotyczących zamówień publicznych i finansów publicznych uzasadniają stwierdzenie, że z zamówieniem publicznym mamy do czynienia w razie zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych opłaconego środkami pieniężnymi.

Odmiennego zdania są G. Wicik oraz P. Wiśniewski, według których z uwagi na konieczności zapewnienia pełnej konkurencji na rynku zamówień publicznych, punktem wyjścia dla analizy kryterium odpłatności powinna być możliwie szeroka koncepcja umowy. Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny, umowa jest odpłatna, gdy każda jej strona ma uzyskać określoną korzyść majątkową. Przesłanka odpłatności będzie wypełniona w przypadku wystąpienia wynagrodzenia w jakiegokolwiek postaci, o ile przedstawia ono wartość wymierną w pieniądzu,

²⁶ J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 33-34.

²⁷ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, *op. cit.*, s. 698.

²⁸ E. Przeszło [w:] A. Powałowski (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 494.

²⁹ Sygn. akt II GSK 93/06, Biul. NDFP 2006 nr 3, poz. 19, s.133.

z tym jednak zastrzeżeniem, iż wspomniane wynagrodzenie nie musi być uiszczane w postaci pieniężnej³⁰. Takie stanowisko przyjął także WSA w Warszawie w wyroku z dnia 30 listopada 2005 r.³¹. Również P. Granecki stoi na stanowisku, iż odpłatność umowy w sprawie zamówienia publicznego oznacza uzyskanie przez wykonawcę określonej korzyści majątkowej, niekoniecznie w formie pieniężnej³².

Zdaniem autora niniejszej publikacji, za prawidłowe należy uznać drugie z przedstawionych stanowisk. Pieniężny lub niepieniężny charakter korzyści majątkowej otrzymywanej przez wykonawcę jest bez znaczenia dla bytu zamówienia publicznego. Fakt ustalenia wynagrodzenia w formie innej niż pieniężna nie powoduje wyłączenia obowiązku stosowania procedur Prawa zamówień publicznych. W przeciwnym razie zamawiający uzyskaliby możliwość obchodzenia przepisów ustawy, poprzez kreowanie stosunków zobowiązaniowych z wykonawcami w sposób eliminujący pieniężny charakter ich wynagrodzenia. Akceptacja niepieniężnego charakteru korzyści majątkowej jako podstawy odpłatności umowy zamówieniowej może pociągać za sobą problemy praktyczne. Zgodnie bowiem z art. 91 ust. 2 Pzp, cena stanowi obligatoryjne kryterium oceny złożonych ofert. Metoda wskazania jej przez wykonawców, w przypadku ustalenia przez zamawiającego wynagrodzenia w formie innej niż pieniężna może budzić wątpliwości. Wydaje się jednak, że problem przestaje istnieć, gdy przyjmiemy, za G. Wicikiem oraz P. Wiśniewskim, że korzyść nie musi mieć charakteru pieniężnego, ale musi mieć wartość wymierną w pieniądzu. Korzyść przysługująca każdej ze stron umowy powinna mieć przy tym wartość realną, a nie tylko symboliczną³³. Uzgodnienie sposobu rozliczania wzajemnych należności w formie niepieniężnej nie wyłącza więc możliwości konkurowania wykonawców między sobą na podstawie kryterium oferowanej ceny. Jedyną różnicą w takim przypadku będzie to, że w miejsce świadczenia pieniężnego, wykonawca otrzyma świadczenie niepieniężne, przez co nastąpi umorzenie przysługujących mu należności³⁴.

Przyjęcie takiego stanowiska powoduje, że zakresem pojęcia zamówienia publicznego objęta zostanie umowa zamiany oraz umowa o dzieło wynagradzana rzeczowo. Zgodnie z art. 603 KC, przez umowę zamiany każda ze stron zobowiązuje

³⁰ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 13.

³¹ Sygn. akt III SA/Wa 1671/05, Legalis Nr 85466.

³² P. Granecki, *Prawo zamówień...*, *op. cit.* s. 25.

³³ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 13.

³⁴ „Przeniesienie własności nieruchomości jako forma wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego”, opinia prawna dostępna na stornie internetowej UZP, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/przeniesienie-wlasnosc-i-nieruchomosci-jako-forma-wynagrodzenia-wykonawcy-zamowienia-publicznego> [dostęp: 01.11.2018 r.].

się przenieść na drugą stronę własność rzeczy w zamian za zobowiązanie się do przeniesienia własności innej rzeczy. Umowa taka ma więc charakter odpłatny, pomimo, że jej przedmiotem nie jest świadczenie pieniężne³⁵. Również w przypadku umowy o dzieło wynagrodzenie nie musi przyjmować postaci zapłaty pieniężnej. Może to być świadczenie każdego innego rodzaju, pod warunkiem, że posiada wartość majątkową i stanowi ekwiwalent wartości dzieła³⁶. Umowy takie będą więc uznawane za zamówienie publiczne, pod warunkiem spełnienia dwóch pozostałych przesłanek, tj. określonego zakresu podmiotowego oraz zakresu przedmiotowego pojęcia zamówienia publicznego³⁷.

Zasadniczo dla powstania obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych bez znaczenia jest źródło pochodzenia środków wydatkowanych przez zamawiającego. Trzeba jednoznacznie stwierdzić, że zakres pojęcia zamówienia publicznego nie ogranicza się wyłącznie do wydatkowania środków publicznych. Finansowanie zamówień ze środków prywatnych może mieć miejsce na przykład przy zamówieniach udzielanych przez zamawiających wskazanych w art. 3 ust 1 pkt 4 ustawy, czyli tzw. zamawiających sektorowych. Jedynie wyjątkowo, w odniesieniu do podmiotów objętych zakresem art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, pochodzenie wydatkowanych środków ma wpływ na obowiązek stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych³⁸.

W tym kontekście należy skrytykować pogląd wyrażony przez R. Golata, według którego zamówienia publiczne to system wydatkowania środków publicznych³⁹. Takie zawężenie pojęcia zamówienia publicznego jest niedopuszczalne, a wynika ono prawdopodobnie z faktu, iż znaczącą większość podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur zamówieniowych stanowią jednostki sektora finansów publicznych, które dokonując zakupów dostaw, usług czy robót budowlanych wydatkują środki publiczne. Argumentując brak immanentnego powiązania zamówień publicznych ze środkami publicznym należy wskazać z jednej strony na sytuacje, w których obowiązek przestrzegania ustawy Pzp istnieje pomimo wydatkowania środków o charakterze niepublicznym. Z drugiej natomiast strony w obecnym stanie prawnym występują przypadki, w których mimo wydatkowania środków publicznych, obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych nie powstaje. Pierwsza sytuacja będzie miała miejsce w przypadku przytoczonego już przykładu zamawiających sektorowych. Druga dotyczy wydatkowania środków

³⁵ M. Płużański, *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 24.

³⁶ W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1978, s. 331.

³⁷ M. Płużański, *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 25.

³⁸ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., Warszawa 2010, s. 42-43.

³⁹ R. Golat, *Zamówienia publiczne w sferze kultury*, Warszawa 2008, s. 9.

pochodzących z budżetu Unii Europejskiej przez beneficjentów niezaliczanych do sektora finansów publicznych.

Za nieprecyzyjny należy uznać pogląd J. Pieroga, zaaprobowany przez M. Płużańskiego⁴⁰, zgodnie z którym bez znaczenia dla obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych jest to czy zamówienie finansowane jest bezpośrednio ze środków własnych zamawiającego, w formie kredytowania przez samego wykonawcę, czy też w drodze czasowego finansowania przez inny podmiot. W tym ostatnim przypadku, za zamówienie publiczne należy uznać również sytuację, gdy zwrot wydatków na rzecz podmiotu, który zamówienie finansuje, następuje np. bezpośrednio z opłat eksploatacyjnych pobieranych przez wykonawcę, tak jak ma to miejsce w przypadku koncesji na roboty budowlane lub usługi⁴¹. W tym miejscu należy wskazać, że zamówienie publiczne oraz koncesje na roboty budowlane lub usługi⁴² stanowią dwie odrębne instytucje prawne, charakteryzujące się w szczególności odmiennymi procedurami ich udzielania⁴³, uregulowanymi w odrębnych aktach prawnych⁴⁴. Przy założeniu, że wykonawca robót budowlanych lub usług otrzymuje wynagrodzenie w drodze bezpośredniego pobierania opłat od osób trzecich, korzystających z danej usługi lub infrastruktury, niezbędne jest wyraźne wskazanie, kiedy mamy do czynienia z zamówieniem publicznym, a kiedy z koncesją. Kryterium odróżniającym koncesje od zamówień publicznych sensu stricto jest tzw. zasadnicze ryzyko ekonomiczne. Płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. Oznacza to, że w przypadku koncesji na podmiocie zobowiązującym się do wykonania określonych robót budowlanych lub usług musi ciężać co najmniej 51% ryzyka ekonomicznego powodzenia realizowanego przedsięwzięcia. W sytuacji natomiast, gdy płatność ze strony podmiotu zamawiającego dane roboty lub usługi prowadzi do zmniejszenia tego ryzyka poniżej wskazanego poziomu, mamy do czynienia nie z koncesją, a z zamówieniem publicznym⁴⁵. Taki

⁴⁰ Zob. M. Płużański, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 24.

⁴¹ J. Pieróg, *Zamówienia...*, *op. cit.*, s. 71., zob. też: J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 25.

⁴² Koncesja na roboty budowlane lub usługi oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane lub za świadczenie usług, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub wyłącznie prawo do korzystania z usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

⁴³ Zob. A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 27 i n.

⁴⁴ Udzielanie koncesji na roboty budowlane lub usługi reguluje ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920).

⁴⁵ Szerzej o zasadniczym ryzyku ekonomicznym zob. B. Korbus, T. Srokosz, M. Wawrzyniak, red. A. Panasiuk, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, s. 51 i n.

pogląd wielokrotnie wyrażał ETS, rozstrzygając w kwestii zaliczenia określonych stosunków zobowiązaniowych do kategorii zamówień publicznych bądź koncesji na roboty budowlane lub usługi⁴⁶.

Należy zgodzić się z A. Sołtysińską, która możliwość uznania określonych umów za podlegające pod przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych, przy założeniu braku bezpośredniej płatności ceny przez zamawiającego, uzależnia od istnienia ryzyka ekonomicznego po stronie podmiotu zamawiającego, a nie po stronie wykonawcy⁴⁷. Pogląd ten wymaga jednak uściślenia, mianowicie, tak jak zostało to wskazane powyżej, aby można było mówić o zamówieniu publicznym, na zamawiającym musi spoczywać co najmniej połowa ryzyka ekonomicznego realizacji zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy większa część tego ryzyka spocznie na wykonawcy, mamy do czynienia nie z zamówieniem publicznym, a z koncesją na roboty budowlane lub usługi. Możliwe są więc takie przypadki, w których pomimo, że na wykonawcy spoczywa określone ryzyko ekonomiczne powodzenia realizacji przedsięwzięcia, nie będziemy mieli do czynienia z zamówieniem publicznym, a z koncesją. Umowy, które na pozór można by zakwalifikować do koncesji, ze względu na możliwość pobierania przez koncesjonariusza pożytków bezpośrednio od użytkowników usługi lub obiektu budowlanego, są często kwalifikowane w świetle prawa Unii Europejskiej do zamówień publicznych, właśnie z uwagi na zbyt niski poziom ryzyka po stronie wykonawcy⁴⁸. W tym kontekście należy skrytykować pogląd E. Norka, zgodnie z którym dla uznania określonego stosunku zobowiązaniowego za koncesję, a nie zamówienie publiczne, wystarczy istnienie po stronie podmiotu wykonującego roboty budowlane lub świadczącego usługi stanu niepewności co do możliwości pełnego zwrotu poniesionych nakładów, przy czym bez znaczenia jest poziom spoczywającego na nim ryzyka⁴⁹.

2.1.2. Zakres podmiotowy zamówienia publicznego

2.1.2.1. Odrębna osobowość prawna jako przesłanka obowiązku zamówieniowego

Legalna definicja zamówienia publicznego określa jego zakres podmiotowy wskazując na strony umowy w postaci zamawiającego oraz wykonawcy. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie wskazuje się na warunek sine qua non bytu zamówienia publicznego w postaci występowania w danym stosunku zobowiązaniowym

⁴⁶ Zob. orzeczenia w sprawach: C-324/98, C-358/00, C-458/03, C-382/05.

⁴⁷ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, op. cit., Zakamycze 2006, s. 54.

⁴⁸ Zob. wyrok ETS z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05.

⁴⁹ E. Norek, *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 13.

dwóch niezależnych od siebie podmiotów⁵⁰. Niezbędną przesłanką dla uzyskania statusu podmiotu stosunku prawnego jest posiadanie zdolności prawnej, przez co należy rozumieć zdolność do tego, aby być podmiotem praw i obowiązków⁵¹.

Warunek występowania w stosunku zobowiązaniowym powstałym na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia dwóch odrębnych podmiotów prawa oznacza, że zlecenia udzielane przez jednostkę organizacyjną innej jednostce znajdującej się wewnątrz tego samego podmiotu prawnego nie będą w świetle ustawowej definicji kwalifikowane jako zamówienia publiczne. Wyłączenie w takich przypadkach obowiązku stosowania procedur zamówieniowych ma istotne znaczenie dla jednostek organizacyjnych samorządu terytorialnego i jednostek organizacyjnych Skarbu Państwa. Uniknięto w ten sposób sytuacji, w których dochodziłoby do dokonywania czynności prawnej w ramach osobowości prawnej jednostki samorządu terytorialnego lub Skarbu Państwa, co w stosunkach cywilnoprawnych nosi znamiona czynności dokonywanych z samym sobą, a więc nieważnych⁵².

Analizując kwestię odrębności prawnej podmiotów - stron stosunku zobowiązaniowego, należy wskazać na wypracowane przez doktrynę pojęcie zamówień publicznych typu „in house”. Pod tym pojęciem rozumie się przypadki udzielania przez podmiot publiczny zleceń jednostce organizacyjnej, która znajduje się względem tego podmiotu w określonym stosunku zależności. Ze względu na charakter i zakres podporządkowania, możemy mówić o zamówieniach „in house” w ujęciu wąskim oraz w ujęciu szerokim.

Z zamówieniami publicznymi „in house” sensu stricto mamy do czynienia w przypadku zlecenia przez podmiot publiczny określonych zadań własnej jednostce organizacyjnej, która nie posiada odrębnej osobowości prawnej. Jest to więc sytuacja czysto wewnętrzna, którą należy traktować nie jako umowę, a raczej polecenie natury administracyjnej, dokonywane w ramach jednej instytucji. Jak to zostało już wykazane, nie ma wątpliwości, że w takich stanach faktycznych obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych nie powstaje. Zamawiający ma bowiem prawo do wykonywania powierzonych mu zadań przy wykorzystaniu własnych zasobów organizacyjnych i dopóki udzielane zlecenia nie wykraczają poza jego osobowość prawną, nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym.

W przypadku zamówień publicznych „in house” sensu largo kwestia stosowania procedur zamówieniowych nie jest tak oczywista. Polegają one na zleceniu wykonania usług, dostaw lub robót budowlanych podmiotowi zależnemu od

⁵⁰ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., Warszawa 2010, s. 40.

⁵¹ T. A. Filipiak, J. Mojak, M. Nazar, E. Niezbecka, *Zarys prawa cywilnego*, Lublin 2002, s. 79.

⁵² M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, op. cit., Warszawa 2010, s. 40-41.

zamawiającego, jednak posiadającemu odrębną osobowość prawną. Przykładem takiej sytuacji może być zlecenie przez gminę zadań z zakresu gospodarki komunalnej spółce prawa handlowego, w której gmina posiada większość udziałów lub akcji. W takim przypadku zasadniczo istnieje obowiązek poprzedzenia zawarcia umowy przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁵³.

Stanowisko takie zajął ETS, według którego istnienie umowy należy rozumieć jako istnienie porozumienia pomiędzy dwoma odrębnymi podmiotami. Dla powstania obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych wystarczy w zasadzie, by umowa została zawarta pomiędzy zamawiającym a podmiotem od niego odrębnym pod względem prawnym. Według Trybunału jednak, odmienna sytuacja może mieć miejsce, gdy zamawiający sprawuje nad takim podmiotem kontrolę, podobną do sprawowanej nad własnymi służbami i gdy jednocześnie podmiot ten wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz jednostki lub jednostek, którym podlega⁵⁴. Ustalenie charakteru i zakresu kontroli zamawiającego nad danym podmiotem musi być dokonywane z uwzględnieniem całokształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności. Z analizy sprawy musi wynikać, że podmiot, któremu udzielono zamówienia jest poddany kontroli, która umożliwi zamawiającemu wywieranie decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje. Według Trybunału, okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać, że zamawiający sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami⁵⁵. Jednak w sytuacji, gdy w kapitale takiej spółki udziały, chociażby mniejszościowe, posiada również podmiot prywatny, przyjmuje się, że wyłączona jest możliwość sprawowania przez zamawiającego pełnej kontroli nad działaniami spółki. Dlatego też, w przypadku, gdy zamawiający zamierza zawrzeć umowę ze spółką odrębną od niego pod względem prawnym, jednak w której kapitale ma on udział wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi, procedury udzielania zamówień publicznych zawsze powinny być stosowane⁵⁶.

W tym miejscu należy również wskazać na stanowisko NSA, który w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r.⁵⁷ stwierdził, że zaangażowanie podmiotu w wykonywanie gminnych zadań użyteczności publicznej odbywa się na zasadach ogólnych, a więc z wykorzysta-

⁵³ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2010, s. 41.

⁵⁴ Orzeczenie ETS z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98, pkt. 49-50.

⁵⁵ Orzeczenie ETS z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04, pkt. 36-37.

⁵⁶ Orzeczenie ETS z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03.

⁵⁷ Wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., sygn. akt II GSK 105/05, ONSA i WSA 2006 nr 2, poz. 62, s. 181.

niem formy umowy, wyłącznie w sytuacji, gdy mamy do czynienia z podmiotem niezależnym od gminy zarówno organizacyjnie, jak i gospodarczo. W przypadku, gdy gmina utworzyła w pełni zależną od siebie spółkę kapitałową, której głównym celem jest wykonywanie zadań tej gminy, powierzenie wykonywania tych zadań nie musi odbywać się na mocy umowy, a zatem nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym⁵⁸

2.1.2.2. Zamawiający jako strona w zamówieniu publicznym

W stosunku zobowiązaniowym powstającym w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy zamawiający jest stroną, która wykazuje zapotrzebowanie na określone usługi, dostawy lub roboty budowlane i przeprowadza postępowanie w celu zaspokojenia danej potrzeby. Na gruncie prawa Unii Europejskiej występują dwa określenia tej strony umowy o zamówienie publiczne. W zależności od tego czy mamy do czynienia z zamówieniami tzw. klasycznymi czy z zamówieniami tzw. sektorowymi, spotykamy się z pojęciami instytucji zamawiającej (ang. contracting authority) lub podmiotu zamawiającego (ang. contracting entity). Rozbieżność w nazewnictwie wynika z odmiennego zakresu podmiotowego dyrektywy klasycznej i dyrektywy sektorowej.

Pod pojęciem instytucji zamawiającej, zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 2014/24/UE, należy rozumieć państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego.

Pojęcie państwa obejmuje wszelkie organy, które sprawują władzę prawodawczą, wykonawczą lub sądowniczą, w tym organy, które w państwie federalnym sprawują taką władzę na stopniu federalnym⁵⁹. Zgodnie ze stanowiskiem ETS pojęcie państwa, czy też organu państwowego, należy interpretować w sposób funkcjonalny, obejmując jego zakresem również podmioty, które ustanowiono w celu realizacji zadań powierzanych przez władze ustawodawcze, bez względu na to, że formalnie nie stanowią części administracji państwowej⁶⁰. Taka wykładnia sprawia, że obowiązek przestrzegania procedur zamówień publicznych spocznie również na wszelkich nowych instytucjach, przyjmujących wcześniej nieznaną formę organizacyjno-prawną, którym organy administracji państwowej mogłyby zlecić część wykonywanych przez siebie zadań⁶¹. Dodatkowo należy wskazać, że

⁵⁸ M. D. Bubnowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2007, s. 11-12.

⁵⁹ Orzeczenie ETS z dnia 17 września 1998 r. w sprawie C-323/96.

⁶⁰ Orzeczenie ETS z dnia 20 września 1988 r. w sprawie C-31/87, pkt 11.

⁶¹ D. Piasta, *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, red. B. Wawrzyńczak-Jędryka, Warszawa 2006, s. 1177.

w zakresie wskazanej definicji „władze regionalne” obejmują władze wymienione w niewyczerpującym wykazie NUTS 1 i 2, natomiast „władze lokalne” obejmują wszystkie organy jednostek administracyjnych wchodzących w zakres NUTS 3 oraz mniejsze jednostki administracyjne⁶².

Pod pojęciem podmiotu prawa publicznego (ang. *body governed by public law*) należy rozumieć, zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy klasycznej, każdy podmiot, który spełnia wskazane w przepisie przesłanki, dotyczące posiadania osobowości prawnej, charakteru wykonywanej działalności oraz wykazywania odpowiedniego stosunku zależności od określonych podmiotów publicznych⁶³.

W praktyce wielokrotnie dochodziło do sytuacji, w których państwa członkowskie próbowały uniknąć obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych, argumentując, iż określony podmiot nie posiada statusu zamawiającego w świetle przepisów prawa krajowego danego państwa. W związku jednak z zasadą prymatu prawa unijnego nad prawem krajowym, należy stwierdzić, iż brak zobowiązania danego podmiotu do przestrzegania procedur zamówieniowych w prawie wewnętrznym państwa członkowskiego, przy jednoczesnym uznaniu tego podmiotu za zamawiającego przez dyrektywy unijne, powoduje, że taki podmiot ma obowiązek stosowania regulacji unijnych w zakresie zamówień publicznych⁶⁴.

Występujące na gruncie dyrektywy 2014/25/UE pojęcie podmiotu zamawiającego jest pojęciem szerszym. Jego zakres obejmuje bowiem instytucje zamawiające, w rozumieniu analogicznym jak w dyrektywie klasycznej⁶⁵, a także przedsiębiorstwa publiczne⁶⁶. Dodatkowo status podmiotu zamawiającego mogą uzyskać podmioty prywatne, pod warunkiem jednak spełnienia przesłanek wskazanych w dyrektywie.

⁶² O których mowa w rozporządzeniu (WE) nr 1059/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 maja 2003 r. w sprawie ustalenia wspólnej klasyfikacji Jednostek Terytorialnych do Celów Statystycznych (NUTS) (Dz. U. L 154 z 21.6.2003, s. 1).

⁶³ Szerzej zob. rozdział 4 monografii.

⁶⁴ Z. Raczkiewicz, *Zamówienia publiczne w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2008, s. 18-19; zob. orzeczenie ETS z dnia 17 września 1998 r. w sprawie C-323/96.

⁶⁵ Por. art. 3 dyrektywy 2014/25/UE.

⁶⁶ Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE pod pojęciem przedsiębiorstwa publicznego należy rozumieć każde przedsiębiorstwo, na które instytucje zamawiające mogą wywierać bezpośrednio lub pośrednio dominujący wpływ na mocy ich prawa własności, udziału finansowego w przedsiębiorstwie lub poprzez zasady określające jego działanie. Dyrektywa wprowadza przy tym domniemanie istnienia dominującego wpływu instytucji zamawiających, w sytuacjach, gdy takie instytucje, bezpośrednio lub pośrednio, w stosunku do przedsiębiorstwa: posiadają większość subskrybowanego kapitału tego przedsiębiorstwa lub kontrolują większość głosów przypadających na akcje emitowane przez to przedsiębiorstwo lub mogą powoływać ponad połowę członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego tego przedsiębiorstwa.

Zakres podmiotowy stosowania procedur właściwych dla zamówień sektorowych określa art. 4 dyrektywy 2014/25/UE. Zgodnie z tym przepisem, podmiotami zamawiającymi są podmioty, które:

- są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi i które prowadzą jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 8–14⁶⁷;
- nie są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi, jednak wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej⁶⁸ i korzystają z praw specjalnych lub wyłącznych⁶⁹ przyznanych przez właściwy organ państwa członkowskiego.

W tym miejscu należy podkreślić, że wskazane w art. 4 kategorie podmiotów mają obowiązek udzielania zamówień publicznych w oparciu o procedury uregulowane w dyrektywie sektorowej wyłącznie w przypadku, gdy dane zamówienie pozostaje w związku z prowadzeniem jednej lub kilku rodzajów działalności wskazanych w art. 8-14 dyrektywy. Oznacza to, że instytucje zamawiające, czyli organy państwowe, samorządowe czy podmioty prawa publicznego, stosują dyrektywę sektorową tylko w sytuacji, gdy zamówienia powiązane jest z działaniem w określonych sektorach gospodarki. W pozostałych przypadkach, zamówienia publiczne udzielane przez takie podmioty podlegają pod regulacje dyrektywy klasycznej. Natomiast przedsiębiorstwa publiczne oraz podmioty działające w oparciu o prawa specjalne lub wyłączne, w przypadku dokonywania zakupów, które nie są związane z wykonywaniem działalności wskazanej w dyrektywie sektorowej są całkowicie zwolnione z obowiązku przestrzegania procedur zamówień publicznych⁷⁰.

Polska ustawa, definiując pojęcie podmiotu, który zamawia dostawy, usługi lub roboty budowlane nie wprowadza rozróżnienia na zamówienia klasyczne i sektorowe, posługując się jednym określeniem-zamawiający. Krajowa ustawa jest aktem prawnym o kompleksowym charakterze, który reguluje zarówno udzielanie zamówień klasycznych, jak i sektorowych, dlatego też, z uwagi na postulat przejrzystości regulacji w niej zawartych, wydaje się uzasadnione wprowadzenie jednego określenia dla podmiotu, na którym ciąży obowiązek prowadzenia postępowania

⁶⁷ Dyrektywa wymienia działalność w następujących sektorach: gaz i energia ciepła, energia elektryczna, gospodarka wodna, usługi transportowe, porty i porty lotnicze, usługi pocztowe oraz wydobywanie ropy naftowej i gazu oraz poszukiwanie lub wydobywanie węgla lub innych paliw stałych.

⁶⁸ Wymienionych w art. 8–14 dyrektywy.

⁶⁹ Zgodnie z art. 4 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, „prawa specjalne lub wyłączne” oznaczają prawa przyznane przez właściwy organ państwa członkowskiego w drodze dowolnych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, które skutkują zastrzeżeniem wykonywania rodzajów działalności określonych w art. 8–14 dla jednego lub kilku podmiotów oraz które wywierają istotny wpływ na możliwość wykonywania takiej działalności przez inne podmioty.

⁷⁰ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, Zakamycze 2006, s. 531-532.

o udzielenie zamówienia publicznego. W związku jednak z różnicami w regulacjach odnoszących się do zamówień klasycznych oraz sektorowych, w szczególności w zakresie aktualizacji obowiązku stosowania ustawy – Pzp, w doktrynie rozróżnia się zamawiających klasycznych oraz sektorowych.

Legalna definicja zamawiającego znajduje się w art. 2 Pzp, który stanowi swoisty słownik pojęć zbudowany na użytek ustawy. Zgodnie z punktem 12 tego przepisu pod pojęciem zamawiającego należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która jest zobowiązana do stosowania ustawy. Definicja wskazuje więc na dwie pozytywne przesłanki przyznania podmiotowi statusu zamawiającego: musi to być osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej oraz na takim podmiocie musi ciążyć obowiązek stosowania regulacji Prawa zamówień publicznych⁷¹.

Podział zamawiających na trzy rodzaje podmiotów, tj. osoby fizyczne, prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, został wprowadzony dopiero przez ustawę - Pzp. Poprzednia regulacja, czyli ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, definiując pojęcie zamawiającego w art. 2 ust. 1 pkt 5 ogólnikowo stwierdzała, że jest to podmiot zobowiązany do stosowania ustawy przy udzielaniu zamówień publicznych⁷².

Możliwość występowania w roli zamawiającego, co należy utożsamiać z możliwością bycia stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego, przez podmioty prawa będące osobami fizycznymi⁷³ lub osobami prawnymi⁷⁴ nie budzi większych wątpliwości. Problematiczne natomiast jest zagadnienie jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. W przypadku jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej zaliczanych do jednostek sektora finansów publicznych lub stanowiących inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, Prawo zamówień publicznych wprost przyznaje takim podmiotom status zamawiającego, wymieniając je w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 jako obowiązujące do stosowania procedur zamówieniowych. Może się jednak

⁷¹ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny*, Warszawa 2007, s. 40.

⁷² J. Pieróg, *Zamówienia...*, *op. cit.*, s. 63.

⁷³ Pojęcie osoby fizycznej stanowi prawne określenie każdego człowieka, który występuje jako podmiot w stosunku cywilnoprawnym, szerzej zob. J. Jezioro [w:] *Encyklopedia prawa*, red. U. Kalina-Prasznica, Warszawa 2007, s. 511-512; nt. zdolności prawnej oraz zdolności do czynności prawnych osób fizycznych zob. J. Strzebińczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 30 i n.

⁷⁴ Osoba prawna oznacza jednostkę organizacyjną wyposażoną przez normę prawną w zdolność do samodzielnego występowania w obrocie prawnym jako podmiot praw i obowiązków, szerzej zob. J. Jezioro [w:] *Encyklopedia...*, *op. cit.*, s. 512-513; J. Strzebińczyk [w:] *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 79 i n.

pojawić pytanie o możliwość uzyskania statusu zamawiającego w przypadku wyodrębnionych jednostek organizacyjnych osoby prawnej innej niż Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Wątpliwości budzi kwestia czy taka jednostka może być samodzielnym zamawiającym czy też zamawiającym będzie zawsze osoba prawna, w ramach której jednostka funkcjonuje.

Według G. Wicika oraz P. Wiśniewskiego, decydujące znaczenie dla uzyskania przez taką jednostkę statusu zamawiającego ma kwestia wyposażenia jej w zdolność prawną, co wiąże się ze wskazaną możliwością bycia stroną umów cywilnoprawnych. Tym samym, możliwość występowania w roli zamawiającego przez jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej ograniczona jest do takich jednostek, których status wynika z art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz jednostek, którym odrębna ustawa przyznała zdolność prawną. Według autorów, w stosunku do pozostałych podmiotów zastosowanie powinna znajdować zasada, że status zamawiającego można uzyskać wyłącznie osoba fizyczna lub osoba prawna⁷⁵.

Druga przesłanka uzyskania statusu zamawiającego w rozumieniu Prawa zamówień publicznych polega na zobowiązaniu podmiotu do stosowania przepisów ustawy. Zamknięty katalog podmiotów, na które ustawodawca nakłada taki obowiązek znajduje się w art. 3 ust. 1 Pzp. W tym miejscu należy wskazać, że w stosunku do określonych w tym przepisie jednostek organizacyjnych, nakaz stosowania ustawy ma charakter bezwzględny, co oznacza, że zamawiającego nikt nie może zwolnić z obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych⁷⁶. Należy jednak pamiętać, że każdy ze wskazanych w art. 3 ust. 1 Pzp podmiotów jest zamawiającym wyłącznie w ramach konkretnej procedury zamówieniowej, w której zaistniał obowiązek stosowania regulacji Pzp, w wyniku spełnienia wszystkich przesłanek, zarówno pozytywnych, jak i negatywnych, warunkujących jego powstanie. W art. 4 Pzp znajduje się bowiem katalog zwolnień przedmiotowych, określający rodzaje zamówień wyłączonych spod regulacji ustawy. Oznacza to, że podmiot objęty zakresem art. 3 ust. 1 nie będzie w świetle ustawy uznawany za zamawiającego, jeżeli udziela zamówienia np. o wartości niższej niż 30 tys. euro, powyżej której stosuje się przepisy Prawa zamówień publicznych⁷⁷.

Wyszczególnione w art. 3 ust. 1 Pzp podmioty podzielić można na dwie zasadnicze grupy, przyjmując za kryterium podziału warunkowy lub bezwarunkowy charakter obowiązku stosowania przez dany podmiot regulacji ustawy⁷⁸. W pierwszej kolejności, w pkt 1, 2 i 3a omawianego przepisu, wymieniono jednostki należące do

⁷⁵ Zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement...*, *op. cit.*, s. 42-43.

⁷⁶ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2012, s. 30-31.

⁷⁷ J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 33.

⁷⁸ *Idem*, s. 36-37.

sektora finansów publicznych⁷⁹, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej⁸⁰ oraz związki takich podmiotów lub podmiotów prawa publicznego⁸¹. Ciążący na nich obowiązek stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych jest bezwarunkowy. Oznacza to, że odnośnie do tych grup podmiotów ustawa nie wprowadza dodatkowych warunków aktualizacji obowiązku stosowania jej przepisów, a uzyskanie przez takie jednostki statusu zamawiającego następuje wyłącznie na podstawie kryterium posiadanego statusu ustrojowego.

Drugą grupę zamawiających stanowią podmioty zobowiązane do stosowania ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 7 Pzp. Cechą charakterystyczną statusu zamawiającego uzyskanego w oparciu o te przepisy jest to, iż ustawa nie posługuje się w tym przypadku wyłącznie kryterium statusu ustrojowego, lecz wprowadza szereg przesłanek, których spełnienie pociąga za sobą obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych. Przesłanki te dotyczą w szczególności formy prawnej danego podmiotu, charakteru wykonywanej przez niego działalności, odpowiedniego stosunku zależności podmiotu od innych zamawiających, a także cech samego zamówienia publicznego, np. jego przedmiotu, wartości lub źródeł finansowania.

⁷⁹ Pod pojęciem jednostek sektora finansów publicznych należy rozumieć jednostki organizacyjne zaliczane do sektora publicznego, które utworzone zostały na podstawie ustawy, mające na celu wykonywanie zadań publicznych, zob. C. Kosikowski, *Prawo finansowe w Unii Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2005, s. 219; zgodnie z art. 9 ustawy o finansach publicznych, sektor finansów publicznych tworzą: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały; jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; jednostki budżetowe; samorządowe zakłady budżetowe; agencje wykonawcze; instytucje gospodarki budżetowej; państwowe fundusze celowe; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; Narodowy Fundusz Zdrowia; samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; uczelnie publiczne; Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne; państwowe i samorządowe instytucje kultury oraz państwowe instytucje filmowe; inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego; szerzej o jednostkach sektora finansów publicznych zob. C. Kosikowski, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 75-102, R. Trykozko, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz dla jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2010, s. 18-25, B. Brzeziński (red.), *Prawo finansów publicznych*, Toruń 2010, s. 60 i n.

⁸⁰ Przykładem takiej jednostki jest Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, działające na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2129).

⁸¹ Jednoznaczne zakwalifikowanie określonych związków do kategorii zamawiających warunkowych lub bezwarunkowych jest znacznie utrudnione. Zagadnienie to wykracza jednak poza zakres niniejszej monografii.

2.1.2.3. Status prawny wykonawcy zamówienia publicznego

W stosunku zobowiązaniowym powstałym w wyniku przeprowadzenia postępowania oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca jest stroną, na której ciąży obowiązek świadczenia na rzecz zamawiającego określonych usług, dostaw lub wykonania robót budowlanych. Na gruncie prawa Unii Europejskiej definicja pojęcia wykonawcy znajduje się w art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE oraz w art. 2 pkt 6 dyrektywy 2014/25/UE.

Zarówno dyrektywa klasyczna, jak i dyrektywa sektorowa wskazują, że pojęcie wykonawcy obejmuje swym zakresem każdą osobę fizyczną lub prawną lub podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów⁸², które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług. Zastosowanie przez prawodawcę unijnego jednego, wspólnego terminu, obejmującego swym zakresem wszystkie kategorie podmiotów realizujących zamówienia publiczne, bez względu na ich przedmiot, miało na celu zwiększenie przejrzystości tekstu dyrektyw. Zabieg taki należy uznać za pożądany i uzasadniony wysokim stopniem złożoności procedur zamówień publicznych. Z drugiej jednak strony, niekorzystne dla postulowanego uproszczenia tekstu i mało konsekwentne wydaje się wprowadzenie przez dyrektywy odmiennego nazewnictwa w odniesieniu do wykonawcy, w zależności od etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca, który złożył ofertę, oznaczany jest jako „oferent”. Natomiast pod pojęciem „kandydata” należy rozumieć wykonawcę, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w procedurze ograniczonej, procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym⁸³.

Dyrektywy nie zastrzegają możliwości uzyskania statusu wykonawcy jedynie dla osób fizycznych lub prawnych, mogą to być również jakiegokolwiek inne podmioty publiczne, w tym jednostki organizacyjne nieposiadające struktury przedsiębiorstwa, których zasadniczym celem działalności nie jest osiągnięcie zysku. Posiadanie osobowości prawnej również nie jest warunkiem niezbędnym dla występowania w roli wykonawcy zamówienia publicznego. Konieczne jest jednak wyposażenie danego podmiotu w zdolność prawną, warunkującą możliwość nabywania praw i obowiązków i tym samym możliwość bycia stroną umowy o zamówienie publiczne. Kwestie zdolności prawnej należy oceniać na podstawie przepisów prawa krajowego.

⁸² W tym każde tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw.

⁸³ Na gruncie dyrektywy 2014/25/UE, „kandydat” oznacza wykonawcę, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym.

wego państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba danego podmiotu lub zgodnie z prawem, na podstawie którego został utworzony⁸⁴. Zgodnie z art. 19 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE⁸⁵, wykonawca, który zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę, jest uprawniony do świadczenia danych usług, nie może zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie tego z powodu, iż w państwie, w którym udzielane jest zamówienie wymagane byłoby posiadanie przez niego statusu osoby fizycznej lub prawnej⁸⁶. Przepis ten związany jest bezpośrednio z art. 18 TFUE, który wprowadza zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową⁸⁷.

Dyrektywy unijne bezpośrednio w definicji pojęcia „wykonawca” wskazują, iż o zamówienia publiczne mogą ubiegać się grupy osób fizycznych i prawnych lub podmiotów publicznych, oferujących na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawy produktów lub usługi. Dodatkowo art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE⁸⁸, *expressis verbis* stwierdza, że do złożenia oferty lub wysunięcia swojej kandydatury uprawnione są grupy wykonawców. Celem tego przepisu jest umożliwienie skutecznego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy z uwagi rozmiar zamówienia lub wysoki stopień jego skomplikowania nie byłoby zdolni do złożenia oferty samodzielnie. Decyzja o połączeniu sił kilku wykonawców może być również podyktowana tym, że jedynie grupa wykonawców jako całość spełnia wymogi przedstawione przez zamawiającego. Na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający nie może wymagać od danej grupy przyjęcia określonej formy organizacyjno-prawnej. Tym samym forma oraz stopień wzajemnego

⁸⁴ W zakresie oceny zdolności prawnej podmiotu w większości państw członkowskich Unii Europejskiej obowiązuje teoria siedziby, zgodnie z którą decydujące w tej kwestii znaczenie mają przepisy państwa, na którego terytorium dany podmiot posiada swoją siedzibę. Z kolei w Wielkiej Brytanii i Irlandii zdolność prawną ocenia się według przepisów prawa państwa, na którego terytorium podmiot został utworzony, czyli według teorii założenia. Zgodnie jednak ze stanowiskiem ETS, posługiwanie się łącznikiem siedziby stanowi czynnik utrudniający korzystanie ze swobody przedsiębiorczości. Zdaniem Trybunału, bardziej właściwa jest teoria założenia, którą cechuje większa konkurencyjność, zob. wyrok ETS z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97, szerzej zob. S. Sołtysiński [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, Warszawa 2005, s 240-241.

⁸⁵ Analogicznie: art. 37 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE.

⁸⁶ Niemniej jednak, w przypadku zamówień publicznych na usługi i roboty budowlane, jak również zamówień na dostawy, obejmujących ponadto usługi lub prace dotyczące rozmieszczenia i instalacji, od osób prawnych można wymagać wskazania w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nazwiska odpowiednich kwalifikacji zawodowych osób, które będą odpowiedzialne za realizację danego zamówienia publicznego.

⁸⁷ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 114-116.

⁸⁸ Analogicznie: art. 37 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE.

związania wykonawców zależeć będzie jedynie od ich woli. Dyrektywy wskazują jednak⁸⁹, że od grupy wykonawców, której udzielono zamówienia, zamawiający ma prawo wymagać przyjęcia określonej formy prawnej, w zakresie w jakim jest to konieczne do zadowalającej realizacji zamówienia publicznego⁹⁰.

Polski ustawodawca zdefiniował pojęcie wykonawcy w art. 2 pkt 11 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Istotną cechą tej definicji, która wpływa pozytywnie na przejrzystość regulacji ustawy, jest to, że Prawo zamówień publicznych wprowadza określenie wykonawcy wspólne dla wszystkich potencjalnych uczestników postępowania, niezależnie od przedmiotu zamówienia publicznego i niezależnie od etapu ubiegania się o zamówienie. Bez znaczenia zatem jest to czy mamy do czynienia z zamówieniem na dostawy, usługi czy też z zamówieniem na roboty budowlane, ustawa posługuje się w każdym przypadku pojęciem wykonawcy, bez wprowadzania rozróżnienia na dostawców, usługodawców lub przedsiębiorców budowlanych. Przyjęta definicja ma charakter ewolucyjny, a status wykonawcy łączy się zawsze z pewną formą uczestnictwa danego podmiotu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z formalnego punktu widzenia, za wykonawcę uznaje się podmiot, który dopiero ubiega się o zamówienie, następnie podmiot, który złożył ofertę i wreszcie podmiot, który zawarł z zamawiającym umowę w sprawie zamówienia publicznego⁹¹.

Ustalenie posiadania przez dany podmiot statusu wykonawcy na etapie złożenia oferty lub zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie budzi wątpliwości. Na tych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego status ten wynika z dokonanych przez uczestnika konkretnych czynności o charakterze formalnym. Może się jednak pojawić pytanie o to, co należy rozumieć pod sformułowaniem „ubiega się o zamówienie” oraz na jakiej podstawie należy ustalić moment uzyskania statusu wykonawcy w konkretnym postępowaniu. Przyjmując, że jest to etap postępowania poprzedzający złożenie oferty, po którym to fakt ubiegania się przez dany podmiot o zamówienie nie budzi wątpliwości, prawidłowe wydaje się stwierdzenie, że o ubieganiu się o zamówienie możemy mówić od momentu, gdy dany podmiot w odpowiedni sposób uzewnętrzni swoje zainteresowanie realizacją publicznego kontraktu. Przykładem takiej sytuacji jest

⁸⁹ Zob. art. 19 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 37 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE.

⁹⁰ Szerzej na temat grup wykonawców zob. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 117 i n.

⁹¹ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2010, s. 39.

zwrócenie się przez potencjalnego wykonawcę do zamawiającego o przekazanie mu specyfikacji istotnych warunków zamówienia⁹².

Prawo zamówień publicznych ogranicza cywilnoprawną swobodę wyboru kontrahenta wprowadzając warunki podmiotowe, od spełnienia których uzależnione jest skuteczne uczestnictwo w postępowaniu. Zamówienia publiczne powinny być realizowane wyłącznie przez podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, co wynika z podstawowej funkcji procedur zamówieniowych, jaką jest zapewnienie racjonalności wydatkowania środków przez podmioty obowiązane do przestrzegania Prawa zamówień publicznych. Tym samym wykonawca, poza statusem prawnym określonym w definicji tego podmiotu, powinien zapewnić odpowiednią wiarygodność gospodarczą, rzetelność w wypełnianiu obowiązków publiczno-prawnych, cechować się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, spełniać wymogi w zakresie niekaralności, dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również spełniać warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej⁹³.

Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 21 lipca 2006 r.⁹⁴ stwierdził, że Prawo zamówień publicznych nie ogranicza możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą i z tego tytułu wpisanych do KRS⁹⁵. Analogiczne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 15 maja 2009 r.⁹⁶, w którym stwierdziła, że ustawa wymienia bardzo szeroki krąg podmiotów, które mogą być wykonawcą i nie nakłada przy tym obowiązku dopuszczenia do postępowania jedynie przedsiębiorców. W praktyce jednak to właśnie przedsiębiorcy stanowią najszerszą grupę wykonawców zamówień publicznych. Zdaniem KIO, uzależnienie możliwości udziału w postępowaniu od prowadzenia działalności gospodarczej i posiadania statusu przedsiębiorcy należałoby traktować jako ograniczenie uczciwej konkurencji⁹⁷.

W odróżnieniu od dyrektyw unijnych, Prawo zamówień publicznych definiując pojęcie wykonawcy nie wskazuje wprost na możliwość występowania wielości

⁹² J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 33.

⁹³ Szerzej zob. M. Bielikow, *Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełnienia w świetle ustawy-Prawo zamówień publicznych*, „Finanse Komunalne” 2011, nr 3, s. 36-46.

⁹⁴ Sygn. akt UZP/ZO/0-2103/06, Legalis Nr 80923.

⁹⁵ Szerzej o statusie przedsiębiorcy zob. S. Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013, s. 113-114.

⁹⁶ Sygn. akt KIO/UZP 567/09, Legalis Nr 161953.

⁹⁷ Jednakże w sytuacji, gdy do wykonania określonych czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, przepisy wymagają posiadania odpowiednich uprawnień, wykonawca ma obowiązek wykazać się posiadaniem takich uprawnień, w tym okazać odpisy z właściwego rejestru, tak: E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 30.

podmiotów po tej stronie zamówieniowego stosunku zobowiązaniowego. Należy jednak podkreślić, że poza typowymi formami organizacyjno-prawnymi, w jakich występują wykonawcy, krajowa ustawa dopuszcza współpracę wykonawców, którzy dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego i realizacji zamierzonego zadania mogą złożyć ofertę wspólną. Zgodnie z art. 23 Pzp, mają oni prawo do ubiegania się o zamówienie samodzielnie albo wspólnie, a do tzw. konsorcjum zastosowanie znajdują odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. W takim jednak przypadku, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 141 Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o realizację zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy⁹⁸.

2.1.3. Zakres przedmiotowy zamówienia publicznego

Legalna definicja zamówienia publicznego wyznacza zakres przedmiotowy tego pojęcia, wskazując, że przedmiotem umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą są roboty budowlane, dostawy lub usługi. Przedmiot zamówienia publicznego ma znaczący wpływ na postępowanie dotyczące jego udzielenia. Obowiązek stosowania szeregu przepisów regulujących poszczególne instytucje postępowania uzależniony jest od określonego przedmiotu zamówienia, często w połączeniu z jego wartością. Podstawowym przykładem wpływu przedmiotu zamówienia na kształt postępowania są regulacje wprowadzające progi stosowania przepisów ustawy, od których uzależniony jest wybór pomiędzy procedurą uproszczoną, pełną lub zastrzoną. Wskazane progi są inne dla robót budowlanych oraz dla dostaw i usług. Przedmiot zamówienia ma również wpływ na możliwość zastosowania niektórych trybów udzielania zamówień publicznych⁹⁹ oraz może warunkować przesłankę wyłączenia stosowania procedur zamówieniowych¹⁰⁰. Prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest więc czynnością bardzo istotną, nierzadko jednak utrudnioną przez złożoność konkretnego zapotrzebowania zamawiającego, obejmującego elementy kilku rodzajów zamówień. W takim przypadku zastosowanie znajdują reguły kolizyjne¹⁰¹, które mają za zadanie umożliwić właściwą kwalifika-

⁹⁸ Szerzej zob. Ł. Laszczyński, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2012, nr 5, s. 72-76.

⁹⁹ Zob. np. art. 55 ust. 1 pkt 2, 3 i 4, art. 67 ust. 1 pkt 5-9, art. 70 Pzp.

¹⁰⁰ Zob. art. 4 pkt 3 lit. e Pzp.

¹⁰¹ Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamó-

cję „mieszanego” zamówienia pod reżim proceduralny właściwy dla zamówień na roboty budowlane, zamówień na dostawy lub zamówień na usługi¹⁰².

2.1.3.1. Roboty budowlane i usługi w rozumieniu prawa zamówień publicznych

Definicja zamówień publicznych na roboty budowlane znajduje się w art. 2 ust. 1 pkt 6 dyrektywy 2014/24/UE¹⁰³. Zgodnie z tym przepisem, pojęcie to oznacza zamówienia publiczne, których przedmiotem jest:

- wykonanie robót budowlanych¹⁰⁴ lub obiektu budowlanego¹⁰⁵ albo
- zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego albo
- realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą mającą decydujący wpływ na rodzaj lub projekt obiektu.

Umożliwienie zamawiającym zarówno oddzielnego, jak i łącznego udzielania zamówień na zaprojektowanie i wykonanie określonych robót budowlanych uzasadnione jest różnorodnością zamówień na roboty budowlane¹⁰⁶. Za oczywiste należy uznać, że zlecenie zaprojektowania wraz wykonaniem robót budowlanych dopuszczalne jest wyłącznie w sytuacji, gdy oba zadania dotyczą jednego obiektu budowlanego¹⁰⁷. Zamówienia, których przedmiotem będą jedynie prace projektowe odnośnie do określonych robót budowlanych, stanowić będą zamówienie publiczne na usługi.

W ramach realizacji obiektu budowlanego, zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego, zamawiający posiada prawo wyboru podmiotu, który zorganizuje w jego imieniu cały proces budowlany. Proces ten może obejmować

wienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące robót budowlanych. Jeżeli natomiast zamówienie obejmuje równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usług, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług.

¹⁰² G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 97.

¹⁰³ Analogiczna definicja znajduje się w art. 2 pkt 2 dyrektywy 2014/25/UE.

¹⁰⁴ Związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE (Załączniku I w przypadku dyrektywy 2014/25/UE).

¹⁰⁵ Zgodnie z dyrektywą, obiekt budowlany oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

¹⁰⁶ Zob. motyw 8 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

¹⁰⁷ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement...*, *op. cit.*, s. 21.

w szczególności przygotowanie dokumentacji projektowej i wykonanie obiektu, lecz również takie czynności jak sprawowanie nadzoru na realizacją, czy też uzyskanie terenu pod budowę¹⁰⁸. Można jednak założyć, że podstawowym celem wprowadzenia tego elementu definicji robót budowlanych jest działanie prewencyjne odnośnie do unikania obowiązku zamówieniowego. Obejście przepisów zamówieniowych byłoby bowiem możliwe w drodze zawarcia umowy, na mocy której przedsiębiorca budowlany wykonałby we własnym imieniu obiekt budowlany na danej nieruchomości, a następnie przeniósł własność nieruchomości na zamawiającego. Nabycie własności lub innych praw do nieruchomości stanowi natomiast jedną z przedmiotowych przesłanek wyłączenia obowiązku przestrzegania procedur zamówień publicznych¹⁰⁹. Należy zgodzić się z tezą zawartą w wyroku SN z dnia 16 września 2009 r.¹¹⁰, zgodnie z którą wyłączenie zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, jeżeli nieruchomość ta, w szczególności budynek, jeszcze nie powstanie albo wymaga przeprowadzenia znacznych robót budowlanych (przebudowy, rozbudowy itp.) w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego, a zwłaszcza ze względu na rozmiary robót, w miarę ich postępowania, sfinansowanych przez niego.

Polski ustawodawca zdefiniował roboty budowlane w art. 2 pkt 8 Pzp. Definicja zawarta w tym przepisie jest w pełni dostosowana do rozumienia zamówień publicznych na roboty budowlane obowiązującego na gruncie dyrektyw unijnych. Analogicznie więc, przedmiotem zamówień publicznych na roboty budowlane może być wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych¹¹¹, a także realizacja obiektu budowlanego¹¹² za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego¹¹³.

¹⁰⁸ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2012, s. 21.

¹⁰⁹ Szerzej zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement...*, *op. cit.*, s. 21-23.

¹¹⁰ Sygn. akt II CSK 104/09, Legalis Nr 285209.

¹¹¹ Określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c ustawy. Ustawa odsyła więc do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. poz. 1125). Załącznik do rozporządzenia określa wykaz działalności zawodowych, które zgodnie z prawem europejskim wchodzą w zakres pojęcia robót budowlanych. Szerzej zob. J. Balcewicz, *Zamawianie robót budowlanych po zmianach*, „Wspólnota” 2013, nr 16, s. 43.

¹¹² Pod tym pojęciem ustawa nakazuje rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

¹¹³ Szerzej zob. M. Bendorf-Bundorf, *Pojęcie robót budowlanych jako przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego* [w:] *Działalność deweloperska w praktyce obrotu gospodarczego*, red. M. Królikowska-Olczak, A. Bieranowski, J.J. Zięty, Warszawa 2014, s. 345-353.

Wraz z nowym pakietem dyrektyw zamówieniowych, zmieniła się definicja zamówień publicznych na usługi¹¹⁴. Prawodawca unijny zastosował mechanizm definicji negatywnej, zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 pkt 9 dyrektywy 2014/24/UE¹¹⁵, zamówienia publiczne na usługi oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest świadczenie usług innych niż te, które stanowią zamówienia na roboty budowlane.

Z nowej definicji usług należy wnioskować, że z punktu widzenia europejskiego prawa zamówień publicznych, zamówienia na roboty budowlane stanowią formę zamówień w przedmiocie usług¹¹⁶. Warto w tym miejscu wskazać, na motyw 8 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, który zawiera wskazówki interpretacyjne w zakresie praktycznego rozróżnienia obu kategorii przedmiotów zamówień publicznych. Zgodnie z nim, zamówienie należy uważać za zamówienie publiczne na roboty budowlane wyłącznie, gdy jego przedmiot obejmuje wykonywanie rodzajów działalności określonych w załączniku II dyrektywy, nawet jeśli zamówienie obejmuje również świadczenie innych usług niezbędnych do wykonywania tych rodzajów działalności. Zamówienia publiczne na usługi, zwłaszcza w zakresie usług zarządzania mieniem, mogą w pewnych okolicznościach obejmować roboty budowlane. Jednakże w zakresie, w jakim roboty takie mają charakter uboczny w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia oraz stanowią jego ewentualną konsekwencję lub uzupełnienie, fakt włączenia takich robót w zakres zamówienia nie uzasadnia zakwalifikowania zamówienia publicznego na usługi jako zamówienia publicznego na roboty budowlane.

¹¹⁴ W ramach obowiązującego na gruncie poprzednio obowiązujących dyrektyw rozumienia usług, rozróżniano usługi tzw. priorytetowe oraz niepriorytetowe. Podział ten wprowadzały art. 20 i 21 dyrektywy 2004/18/WE (art. 31 i 32 dyrektywy 2004/17/WE). Kryterium rozróżnienia usług o priorytetowym i niepriorytetowym charakterze było prawdopodobieństwo transgranicznego świadczenia określonych usług, jak również ich wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi. Podstawową różnicą pomiędzy tymi dwoma rodzajami usług był zakres przepisów dyrektyw, które miały zastosowanie w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot takie usługi. W przypadku usług priorytetowych zastosowanie znajdowały wszystkie przepisy dyrektyw, natomiast odnośnie do usług o niepriorytetowym charakterze obowiązek stosowania dotyczył wyłącznie przepisów o specyfikacjach technicznych oraz przepisów regulujące obowiązek publikacji ogłoszenia o wynikach procedury udzielania zamówienia publicznego. Szerzej nt. procedur udzielania zamówień publicznych na usługi niepriorytetowe zob. B. Kardas, *Zamówienia na usługi po nowemu*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2009, nr 1, s. 17-25.

¹¹⁵ Analogicznie: art. 2 pkt 5 dyrektywy 2014/25/UE.

¹¹⁶ Szerzej zob. J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych*, Warszawa 2015, s. 49-67.

2.1.3.2. Dostawy jako przedmiot zamówienia publicznego

Definicja zamówień publicznych na dostawy znajduje się w art. 2 ust. 1 pkt 8 dyrektywy 2014/24/UE¹¹⁷, który stanowi, iż pod tym pojęciem należy rozumieć zamówienia publiczne, których przedmiotem jest kupno, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji zakupu produktów. Zgodnie z dyrektywą, zamówienie publiczne mające za przedmiot dostawę produktów, a w którego zakres wchodzi dodatkowo ich rozmieszczenie i instalacja, uznaje się za zamówienie publiczne na dostawy¹¹⁸.

Istotą zamówień publicznych na dostawy jest pozyskiwanie przez zamawiającego produktów, na które wykazuje on zapotrzebowanie. Jak wynika ze wskazanego w definicji katalogu czynności prawnych, które mogą stanowić przedmiot takich zamówień, realizacja zamówienia nie musi wiązać się z przeniesieniem na zamawiającego prawa własności danych produktów, wystarczy jedynie by zostały mu one oddane do dyspozycji¹¹⁹.

Problemy interpretacyjne mogą pojawić się w toku ustalania znaczenia pojęcia produktu, a mianowicie o to, czy pojęcie to można utożsamiać z „towarem”, czy też „produkt” oznacza odrębną kategorię pojęciową. Rozstrzygając wskazany problem pamiętać należy, że udzielanie zamówień podlega poszanowaniu zasad TFUE, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Regulacje zawarte w dyrektywach unijnych dotyczących udzielania zamówień publicznych oparte są na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Przepisy dyrektyw powinny być zatem interpretowane zgodnie z regułami i zasadami Traktatu¹²⁰. W związku z tym wydaje się uzasadniona teza, że pojawiające się w omawianej definicji pojęcie produktu należy utożsamiać z „towarem” w rozumieniu orzecznictwa ETS odnoszącego się do przepisów pierwotnego prawa UE regulujących swobodny przepływ towarów. Samo pojęcie towaru natomiast powinno się interpretować w sposób jednolity w całym prawie unijnym, w związku z czym, jego rozumienie w ramach regulacji zamówień publicznych powinno być zbliżone do tego, które funkcjonuje w praktyce stosowania art. 34 TFUE¹²¹.

¹¹⁷ Analogiczna definicja znajduje się w art. 2 pkt 4 dyrektywy 2014/25/UE.

¹¹⁸ W Pzp kwestia ta została uregulowana w art. 6 ust. 2, który stanowi, że w przypadku, gdy zamówienie dotyczy zarówno dostawy, jak i rozmieszczenia lub instalacji dostarczonej rzeczy lub innego dobra, zastosowanie znajdują przepisy dotyczące dostaw.

¹¹⁹ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement...*, op. cit., s. 25.

¹²⁰ Zob. motyw 3 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE.

¹²¹ Tak: A. Sołtyśńska, *Europejskie prawo...*, op. cit., s. 61.

Pojęcie towaru zostało zdefiniowane przez ETS¹²², który stwierdził, iż poprzez „towar” należy rozumieć wszelkie produkty, które posiadają wartość wymierną w pieniądzu, mogące jako takie stanowić przedmiot transakcji handlowych¹²³. Z punktu widzenia zakresu przedmiotowego „towar” jest więc pojęciem węższym od występującego w definicji dostaw pojęcia „produkt”. ETS wskazał bowiem, że za towary uznawane są produkty, jednak wyłącznie takie, które cechuje posiadanie wartości wymiernej w pieniądzu. Wydaje się, że posłużenie się przez prawodawcę unijnego, w definicji zamówień publicznych na dostawy, pojęciem produktu, a nie towaru, nie było zabiegiem celowym, a jego zamiarem nie było objęcie zakresem zamówień na dostawy również nabywania przez zamawiających dóbr, które wartości wyrażonej w pieniądzu nie posiadają. W odróżnieniu bowiem od „towarów”, za „produkty” mogą zostać uznane zarówno dobra, które posiadają wartość wymierną w pieniądzu, jak i takie, które takiej wartości nie posiadają. Jednak, jak to zostało wykazane w części monografii dotyczącej analizy legalnej definicji zamówienia, umowę o zamówienie publiczne cechuje odpłatność. Cena natomiast jest zawsze obligatoryjnym kryterium oceny złożonych ofert, w związku z czym „produkt” oferowany przez wykonawcę i będący przedmiotem późniejszej umowy musi posiadać wartość możliwą do wyrażenia w pieniądzu. Dlatego też właściwe wydaje się utożsamianie pojęcia produktu, z definicji zamówień na dostawy, z „towarem” w rozumieniu wskazanym przez ETS.

W konsekwencji przyjąć należy, że właściwa jest możliwie szeroka interpretacja pojęcia produktu, co pozostaje w zgodzie ze stanowiskiem doktryny i judykatury europejskiego prawa zamówień publicznych w tym zakresie. Pojęcie to obejmuje więc swym zakresem rzeczy ruchome oraz inne przedmioty materialne, jak np. gaz, lecz również przedmioty niematerialne, takie jak energia elektryczna¹²⁴.

Polski ustawodawca zdefiniował pojęcie dostaw w art. 2 pkt 2 Pzp, który wskazuje, że przez dostawy rozumie się należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. W tym miejscu należy podkreślić, że obowiązująca na gruncie regulacji odnoszących się do zamówień publicznych definicja dostaw ma charakter autonomiczny, a ich znaczenie jest odmienne od dostaw w rozumieniu KC. Analogiczny pogląd wyrażony został przez KIO w wyroku z dnia 22 maja

¹²² Orzeczenie ETS z dnia 10 grudnia 1968 r. w sprawie C-7/68.

¹²³ W szeregu kolejnych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości definicja ta została doprecyzowana, za „towar” uznano w szczególności: energię elektryczną, gaz, monety, który wyszły z obiegu, jak również śmieci. Szerzej nt. pojęcia towaru zob. B. Nowak, A. Pudło [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. I-6 i n; zob. też A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze, Tom I, Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 677-681.

¹²⁴ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Supplement...*, op. cit., s. 24.

2009 r.¹²⁵, w którym skład orzekający stwierdził, że pojęcia dostawy z ustawy Prawo zamówień publicznych nie należy utożsamiać z umową dostawy uregulowaną w KC.

Podstawowa różnica pomiędzy dostawami w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, a dostawami uregulowanymi w KC, wynika z samej istoty instytucji dostawy. W doktrynie prawa cywilnego instytucja dostawy utożsamiana jest z czynnością prawną, przyjmującą postać konkretnej umowy nazwanej, uregulowanej w art. 605 i n. KC. Natomiast w ramach reżimu prawnego zamówień publicznych, pojęcie dostaw rozumiane jest szerzej. Istotą dostaw jest tutaj fakt odpłatnego pozyskiwania przez zamawiającego rzeczy, praw lub innych dóbr, przy czym bez znaczenia jest na podstawie jakiej umowy się to odbywa, czy to na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy czy leasingu¹²⁶. Udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są dostawy, w drodze zawarcia umowy dostawy uregulowanej w KC stanowi więc tylko jedną z możliwości. Dodatkowo, wskazany w definicji dostaw katalog umów ma charakter katalogu otwartego. O ile więc zamawiający będzie zawierał z wykonawcą umowę o charakterze odpłatnym nie jest wymagane, aby była to jedna z umów wskazanych w art. 2 pkt 2 Pzp. Przykładem umowy, która nie została wymieniona w definicyjnym katalogu, a może stanowić formalną podstawę zamówienia publicznego na dostawy jest umowa zamiany¹²⁷.

Zgodnie z art. 605 KC, przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Podstawową funkcją umowy dostawy w obrocie gospodarczym jest wyposażenie kontrahentów w możliwość zawiązania stosunku prawnego, w ramach którego następuje podjęcie się przez jedną stronę wyprodukowania rzeczy, przy jednoczesnym zapewnieniu drugiej stronie wpływu na przebieg produkcji¹²⁸.

¹²⁵ Sygn. akt KIO/UZP 608/09, Legalis Nr 160230.

¹²⁶ Decydujące znaczenie ma fakt udostępnienia zamawiającemu określonych rzeczy, praw lub innych dóbr, przy czym nie musi się to wiązać z przeniesieniem prawa własności, tak: G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Supplement...*, *op. cit.*, s. 25.

¹²⁷ Zawarte w ustawowej definicji dostaw sformułowanie „w szczególności na podstawie umowy” prowadzić może do nieporozumień w jej interpretacji. Może powstać pytanie czy należy objąć przepisami regulującymi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego także przypadki, gdy do nabycia dochodzi nie na podstawie umowy, lecz w inny sposób, np. poprzez nabycie z mocy prawa. Z definicji zamówienia publicznego wynika jednak wyraźnie, że o zamówieniu publicznym mówić można wyłącznie w sytuacji, w której następuje zawarcie umowy odpłatnej. W związku z tym, sformułowanie „w szczególności na podstawie umowy” odnosić należy wyłącznie do wskazanego w definicji przykładowego katalogu umów, na podstawie których możliwe jest udzielenie zamówienia publicznego na dostawy, tak: J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo...*, *op. cit.*, s. 23-24.

¹²⁸ E. Niezbecka [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2010, s. 191.

W definicji dostaw w Prawie zamówień publicznych zrezygnowano z obowiązku wytworzenia rzeczy, obejmując ustawową regulacją również dostarczanie rzeczy i innych dóbr nabytych u ich właściwych producentów. Zabieg ten może w praktyce stanowić przyczynę konfliktów pomiędzy wykonawcami, gdyż w wielu przypadkach okazuje się, że zaferowali oni produkt pochodzący od tego samego producenta, określając jednak w ofertach ceny znacząco różniące się wysokością. Znane są również przypadki, gdy pośrednik oferowanego dobra wygrywał przetarg z jego producentem¹²⁹.

W odróżnieniu od umowy dostawy z KC, Prawo zamówień publicznych nie uznaje wielokrotności dostarczania za niezbędny element dostawy¹³⁰. Dlatego też, z punktu widzenia uczestników postępowania o zamówienie publiczne, pojęcie dostaw rozumiane jest jako nabywanie przez zamawiającego określonych produktów, surowców i innych dóbr¹³¹. Bez znaczenia przy tym jest czy zamówienie polega na jednokrotnym zakupie czy obejmuje wielokrotne dostarczanie zakupionych rzeczy lub dóbr. Takie rozumienie dostaw wykształcone zostało przez praktykę stosowania regulacji zamówień publicznych. Wydaje się ono właściwe i odpowiadające celom ustawy¹³².

Dostawa w rozumieniu przyjętym w KC może mieć za przedmiot wyłącznie rzeczy określone co do gatunku¹³³. Zgodnie z art. 45 KC, rzeczami są wyłącznie przedmioty materialne, przy czym rzecz jako przedmiot stosunków cywilnoprawnych musi się cechować możliwością wyodrębnienia i samodzielnego występowania w obrocie¹³⁴. Na podstawie regulacji zawartych w Pzp natomiast, przedmiotem dostawy mogą być również prawa i inne dobra, a także rzeczy ozna-

¹²⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, op. cit., Warszawa 2012, s. 15-16.

¹³⁰ Szerzej nt. wynikającego z umowy dostawy obowiązku dostarczania rzeczy częściami lub okresowo zob. K. Zaradkiewicz [w:] *Kodeks cywilny. Tom II*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 387.

¹³¹ W tym miejscu należy jednak jeszcze raz podkreślić, że zamówienia publiczne na dostawę nie muszą wiązać się z przeniesieniem na zamawiającego prawa własności zamawianych rzeczy, praw lub innych dóbr, co wynika z katalogu umów, które mogą stanowić podstawę takich zamówień.

¹³² J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, op. cit., Warszawa 2012, s. 16.

¹³³ Rzeczy oznaczone co do gatunku charakteryzuje to, że są one określane za pomocą cech rodzajowych, właściwych większej liczbie przedmiotów. Są one również zastępowalne, co oznacza, że w przeciwieństwie do rzeczy oznaczonych co do tożsamości, istnieje w ich przypadku możliwość zastąpienia danej rzeczy inną; szerzej zob. E. Skowrońska-Bocian [w:] *Kodeks cywilny. Tom I*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 256-257.

¹³⁴ Według J. Wasilkowskiego, rzeczami są materialne części przyrody w stanie pierwotnym lub przetworzonym, na tyle wyodrębnione, w sposób naturalny lub sztuczny, że w stosunkach cywilno-prawnych mogą być traktowane jako dobra samoistne, zob. J. Wasilkowski, *Zarys prawa rzeczowego*, Warszawa 1963, s. 8-9.

zione co do tożsamości¹³⁵. Nabywanie praw ma zazwyczaj miejsce w odniesieniu do autorskich praw majątkowych, których przenoszenie uregulowane zostało w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹³⁶. Pod pojęciem „innych dóbr” należy rozumieć wyłącznie te przedmioty niematerialne, które mogą legalnie uczestniczyć w obrocie. Będą to w szczególności różnorodne postaci energii, np. energia elektryczna, jądrowa czy ciepła¹³⁷. Tak szerokie ujęcie przedmiotu zamówień publicznych na dostawy pozostaje w zgodzie w prawem Unii Europejskiej w tym zakresie i wynika z postulatu szerokiego rozumienia pojęcia produktu występującego w definicji zamówień na dostawy w dyrektywach.

2.2. Funkcjonalne ujęcie zamówień publicznych w kontekście obowiązku zamówieniowego fundacji i stowarzyszeń

Objęcie fundacji i stowarzyszeń podmiotowym zakresem systemu zamówień publicznych wiąże się ze znaczącym ograniczeniem swobody funkcjonowania takich jednostek. Zasadnicze ograniczenie dotyczy, przysługującej podmiotom sektora prywatnego, szeroko rozumianej swobody kontraktowania¹³⁸. Analiza przesłanek powstania po stronie fundacji lub stowarzyszenia obowiązku udzielania zamówień publicznych, wiąże się zatem z koniecznością uwzględnienia ograniczeń działań legislacyjnych wynikających z zasady proporcjonalności. Wskazana zasada należy do grupy podstawowych zasad europejskiego porządku prawnego, jak również ma znaczące miejsce w katalogu ustrojowych zasad Rzeczypospolitej Polskiej, posiadających podstawy w Konstytucji RP.

Zasada proporcjonalności w prawie europejskim wyrażona jest w art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej¹³⁹, według którego zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów. Wynika z tego, iż zakres dozwolonego działania prawodawcy europejskiego ograniczony jest do środków, które są niezbędne do realizacji celów prawa pierwotnego UE.

¹³⁵ Pod pojęciem rzeczy oznaczonych co do tożsamości rozumie się rzeczy niezastępowalne, charakteryzujące się swoistymi właściwościami, zwłaszcza rzeczy wyprodukowane dla zindywidualizowanego kontrahenta; szerzej zob. E. Skowrońska-Bocian [w:] *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 256-257.

¹³⁶ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1191.

¹³⁷ J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 22-23.

¹³⁸ Szeroko rozumiana swoboda kontraktowania obejmuje cztery zasadnicze elementy: swobodę zawarcia lub nie zawarcia umowy, swobodę wyboru kontrahenta, swobodę w zakresie kształtowania treści umowy przez strony, dowolność formy umowy; tak: E. Krych, M. Sobolewska, G. Wicik, E. Wiktorowska, *Praktyczny poradnik dla korzystających z wzorcowej dokumentacji przetargowej i wzorów umów w sprawach zamówień publicznych*, Warszawa 2006, s.108-109.

¹³⁹ Dz. U. UE C Nr 326, s. 13.

Cele Traktatów w kontekście systemu zamówień publicznych w wymiarze europejskim wskazują na to, iż zamówienia publiczne stanowią istotny element unijnej polityki realizacji i prawnej gwarancji swobodnego przepływu poszczególnych czynników produkcji pomiędzy państwami członkowskimi. Wraz z funkcją urzeczywistnienia swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług¹⁴⁰, europejskie prawo zamówień publicznych ma na celu zagwarantowanie wykonawcom ze wszystkich państw członkowskich jak najszerszego dostępu do rynku publicznych kontraktów w skali zintegrowanej Europy.

W polskim porządku prawnym zasada proporcjonalności, jako wytyczna wobec ustawodawcy, określona jest w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Przepis wskazuje, iż ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ponadto ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. W kontekście obowiązku udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia, wolnością, która podlega prawnej ochronie przed nieuzasadnioną ingerencją ustawodawcy jest wolność zrzeszania się. Wyrażona jest ona w art. 12 oraz 58 Konstytucji i obejmuje swoim zakresem przedmiotowym wolność tworzenia i działania, w szczególności fundacji i stowarzyszeń¹⁴¹. Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zasada proporcjonalności wiąże ustawodawcę nie tylko wtedy, gdy ustanawia on ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności lub praw, ale i wtedy, gdy nakłada obowiązki na obywateli lub na inne podmioty znajdujące się pod jego władzą¹⁴². Zdaniem TK¹⁴³, gwarancją zachowania proporcjonalności w ograniczaniu praw w celu realizacji interesu publicznego jest za każdym razem właściwe zrównoważenie interesu prywatnego i publicznego. Przedstawiony bowiem w art. 31 ust. 3 Konstytucji katalog wartości, stanowiący materialne podstawy nakładania

¹⁴⁰ A także z zasad, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji oraz zasada przejrzystości.

¹⁴¹ Art. 58 Konstytucji co prawda określa wprost wyłącznie wolność zrzeszania się, nie określając jakie są elementy składowe tego pojęcia. Jednakże w doktrynie prawa konstytucyjnego wskazuje się, iż wolność zrzeszania się w rozumieniu wskazanego przepisu obejmuje w szczególności prawo do swobodnego tworzenia zrzeszeń i wyboru ich formy organizacyjno-prawnej, jak również nieskrępowanie w ich działalności, tj. swobodę określenia celów jednostki oraz metod i środków ich realizacji. Por. M. Chmaj, *Wolność tworzenia i działania partii politycznych. Studium porównawcze*, Olsztyn 2006, s. 57.

¹⁴² Wyrok TK z dnia 27 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 24/03, OTK Seria A 2004 nr 4, poz. 33.

¹⁴³ Wyrok TK z dnia 26 listopada 2007 r., sygn. akt P 24/06, OTK Seria A 2007 nr 10, poz. 126.

na obywateli obowiązków w ramach dopuszczalnej ingerencji w określone wolności, dookreśla bardziej ogólne pojęcie interesu publicznego¹⁴⁴.

W ramach systemu zamówień publicznych pojęcie interesu publicznego rozpatrywane jest często w kontekście zasad wydatkowania środków publicznych, gwarantujących racjonalne i efektywne gospodarowanie środkami przez podmioty sektora publicznego. Wyjaśnienie pojęcia środków publicznych zawiera przepis art. 5 ustawy o finansach publicznych¹⁴⁵, jednak określa on jedynie katalog środków publicznych, nie dokonując ich funkcjonalnego zdefiniowania, wskazującego na istotę oraz cechy charakterystyczne takich środków. Można przyjąć, iż w znaczeniu nadanym przez ustawę, środki publiczne odnoszą się do działalności podmiotów zaliczanych do sektora finansów publicznych, która związana jest z gromadzeniem oraz wydatkowaniem środków finansowych. Zasadniczo więc środkami publicznymi będą środki pozostające w dyspozycji agend państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz innych podmiotów objętych zakresem tego sektora¹⁴⁶.

Immanentne powiązanie zamówień publicznych ze środkami publicznymi stanowiłoby podstawę do stwierdzenia, że w katalogu podstawowych funkcji tego systemu należy wymienić funkcję zapewnienia racjonalności przy wydatkowaniu środków publicznych oraz funkcję przeciwdziałania korupcji, wraz ze związanym z nimi postulatem zapewnienia transparentności w dokonywaniu publicznych wy-

¹⁴⁴ Wyrok TK z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. akt SK 15/02, OTK Seria A 2003 nr 9, poz. 103.

¹⁴⁵ Zgodnie z tym przepisem, środkami publicznymi są w szczególności:

1) dochody publiczne;

2) środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA);

2a) środki, o których mowa w art. 3b ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju;

3) środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi, inne niż wymienione w pkt 2;

4) przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzące:

a) ze sprzedaży papierów wartościowych,

b) z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego,

c) ze spłat pożyczek i kredytów udzielonych ze środków publicznych,

d) z otrzymanych pożyczek i kredytów,

e) z innych operacji finansowych;

5) przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł.

¹⁴⁶ E. Kornberger-Sokołowska [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. W. Miśsiąg, A. Nowak-Far, Warszawa 2015, s. 18.

datków. Należy jednak wskazać, że obecny system zamówień publicznych oparty jest na zasadzie podmiotowego określania jego zakresu, zasadniczo z wyłączeniem czynnika wykorzystywania środków publicznych. W kontekście obowiązku zamówieniowego fundacji i stowarzyszeń jedyny przykład ścisłej korelacji pomiędzy obowiązkiem udzielania zamówień, a wydatkowaniem środków publicznych, stanowią przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 5 oraz art. 3 ust. 3 Pzp¹⁴⁷.

Pomimo likwidacji więzi pomiędzy zamówieniami a środkami publicznymi, szeroko rozumiana funkcja racjonalizacji wydatkowania środków pozostaje aktualna, w szczególności gdy analizie poddawany jest obowiązek zamówieniowy podmiotów zaliczanych do sektora publicznego. Z postulatu szczelności systemu zamówień publicznych wynika obowiązek przestrzegania publicznoprawnych procedur wydatkowania środków, bez względu na kryterium ich publicznego charakteru. Przyjąć bowiem należy, że pewne kategorie zakupów, z uwagi na fakt dokonywania ich przez podmioty zaliczane do sektora państwowego, posiadają charakter publiczny. Publiczny zakup natomiast, niezależnie od faktu finansowania go ze środków publicznych, powinien się wiązać z jak najszerszym dostępem do niego po stronie podaży, nieograniczonym czynnikami subiektywnymi. Zagwarantowanie prywatnym wykonawcom możliwości wygenerowania przychodu poprzez zaspokajanie publicznego zapotrzebowania na określone dostawy, usługi lub roboty budowlane powinno być oceniane w kategoriach przedmiotu funkcji systemu zamówień publicznych, na równi z postulatem zapewnienia racjonalności przy wydatkowaniu środków publicznych. Dostęp do tak określonych zamówień publicznych powinien tym samym stanowić element interesu publicznego, stanowiącego przedmiot ochrony realizowanej za pomocą przepisów określających zasady oraz przebieg procedur udzielania zamówień.

Wydaje się, że analogiczna perspektywa spojrzenia powinna stanowić podstawę oceny obowiązku zamówieniowego po stronie fundacji i stowarzyszeń. Z uwagi bowiem na często występujące w praktyce przypadki korelacji takich jednostek z sektorem publicznym, może dojść do wykorzystywania takich jednostek do realizacji właściwych dla tego sektora zadań. W przypadku natomiast podmiotów prywatnych, które prowadzą działalność w celu zaspokajania potrzeb społecznych, czynnik zależności takich jednostek od podmiotów publicznych może stanowić podstawę do oceny dokonywanych zakupów za wykazujące publiczny charakter. Przykład stosunku zależności, który implikuje obowiązek zamówieniowy po stronie fundacji i stowarzyszeń, stanowi w szczególności zależność finansowa. Fakt finansowania przez podmioty sektora publicznego zarówno w zakresie konkretnego przedsięwzięcia, jak również w charakterze wsparcia ogólnej działalności fundacji

¹⁴⁷ Szerzej zob. rozdział 5 monografii.

lub stowarzyszenia, nakazuje kwalifikować dokonywane przez takie jednostki zakupy do kategorii zamówień publicznych.

2.3. Podsumowanie

Zgodnie z art. 2 pkt 13 Pzp, zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Podstawową funkcją tak skonstruowanej definicji ustawowej jest umożliwienie ustalenia obowiązku stosowania przepisów Pzp w stosunku do określonego zakupu. Definicja wskazuje bowiem na trzy fundamentalne elementy zamówienia publicznego: odpłatność umowy, określony zakres podmiotowy (zamawiający i wykonawca) oraz określony zakres przedmiotowy (usługi, dostawy lub roboty budowlane). W doktrynie podkreśla się, że powyższe elementy mają charakter essentialia negotii. Oznacza to, że w przypadku gdy w określonym stanie faktycznym stwierdzimy brak chociażby jednego z nich, nie będzie można mówić o zamówieniu publicznym w rozumieniu Pzp, a obowiązek stosowania ustawy nie powstanie¹⁴⁸.

Odpłatność umowy ustalać należy na podstawie kryterium formalnego. Czynnikiem rozstrzygającym stanowi treść stosunku zobowiązaniowego powstającego w wyniku dokonania określonej czynności prawnej. Przy takim założeniu określone rodzaje czynności prawnych będą z definicji zawsze odpłatne, np. umowa sprzedaży, umowa najmu, umowa o dzieło, inne z kolei będą zawsze nieodpłatne, np. darowizna, użyczenie. Istotne przy tym jest, że korzyść majątkowa przysługująca wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia nie musi mieć charakteru pieniężnego, ale musi mieć wartość wymierną w pieniądzu.

Zakres podmiotowy zamówienia publicznego obejmuje strony umowy w postaci zamawiającego oraz wykonawcy. Powstanie obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych uzależnione jest od spełnienia warunku w postaci występowania w danym stosunku zobowiązaniowym dwóch niezależnych od siebie podmiotów. Tym samym, zlecenia udzielane przez jednostkę organizacyjną innej jednostce znajdującej się wewnątrz tego samego podmiotu prawnego nie będą w świetle ustawowej definicji kwalifikowane jako zamówienia publiczne.

W stosunku zobowiązaniowym powstającym w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy zamawiający jest stroną, która wykazuje zapotrzebowanie na określone usługi, dostawy lub roboty budowlane i przeprowadza postępowanie w celu zaspokojenia danej potrze-

¹⁴⁸ P. Granecki, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 25, zob. także P. Szustakiewicz [w:] M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia...*, *op. cit.*, s. 12.

by. W świetle art. 2 pkt 12 Pzp, pod pojęciem zamawiającego należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która jest zobowiązana do stosowania ustawy. Zamknięty katalog podmiotów, na które ustawodawca nakłada taki obowiązek znajduje się w art. 3 ust. 1 Pzp. Każdy ze wskazanych w danym przepisie podmiotów jest zamawiającym wyłącznie w ramach konkretnej procedury zamówieniowej, w której zaistniał obowiązek stosowania regulacji Pzp, w wyniku spełnienia wszystkich przesłanek, zarówno pozytywnych, jak i negatywnych, warunkujących jego powstanie. W art. 4 Pzp znajduje się bowiem katalog zwolnień przedmiotowych, określający rodzaje zamówień wyłączonych spod regulacji ustawy. Oznacza to, że podmiot objęty zakresem art. 3 ust. 1 nie będzie w świetle ustawy uznawany za zamawiającego, jeżeli udziela zamówienia np. o wartości niższej niż 30 tys. euro, powyżej której stosuje się przepisy Pzp¹⁴⁹.

Wykonawca jest stroną, na której ciąży obowiązek świadczenia na rzecz zamawiającego określonych usług, dostaw lub wykonania robót budowlanych. W świetle art. 2 pkt 11 Pzp, przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Ustawowa definicja zamówienia publicznego wyznacza zakres przedmiotowy tego pojęcia, wskazując, że przedmiot umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą są roboty budowlane, dostawy lub usługi. Przedmiot zamówienia publicznego ma znaczący wpływ na postępowanie dotyczące jego udzielenia. Obowiązek stosowania szeregu przepisów regulujących poszczególne instytucje postępowania uzależniony jest od określonego przedmiotu zamówienia, często w połączeniu z jego wartością. W art. 2 Pzp znajdują się właściwe dla systemu zamówień publicznych definicje dostaw, usług i robót budowlanych.

W kontekście tematu niniejszej monografii, podkreślić należy, że obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia występować powinien w przypadkach dokonywania zakupów, które z funkcjonalnego punktu widzenia wykazują charakter zamówień publicznych. Przy czym, w szczególności z uwagi na stosunek zależności od sektora publicznego, występować powinno ryzyko, że podmiot ich dokonujący kierować się będzie czynnikami pozagospodarczymi, co może przynieść szkodę w zakresie nieograniczonego dostępu wykonawców do takich zakupów w skali ogólnoeuropejskiej.

¹⁴⁹ J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo zamówień...*, op. cit., s. 33.

ROZDZIAŁ III

FUNDACJE I STOWARZYSZENIA – STATUS PRAWNY NA GRUNCIE PRAWA PRYWATNEGO

3.1. Pojęcie i rodzaje fundacji

Instytucja fundacji, pomimo swojej długiej historii oraz faktu, iż należy do kategorii pojęć występujących już w starożytnych porządkach prawnych¹ nie posiada legalnej definicji. Także regulacje polskiego prawa fundacyjnego, zarówno na gruncie dekretu Naczelnika Państwa z dnia 7 lutego 1919 r. o fundacjach i o zatwierdzaniu darowizn i zapisów, jak również obecnie obowiązującej ustawy o fundacjach, nie zawierają definicji tego pojęcia. Ustawodawca zadanie ustalenia znaczenia pojęcia fundacji pozostawił doktrynie oraz judykaturze, przy czym wydaje się, iż właśnie w uwagi na brak legislacyjnego wzorca definicji trudno jest mówić o koherentnym dorobku w tej materii.

Encyklopedyczna definicja pojęcia fundacji wskazuje, że oznacza ono instytucję realizującą zadania niemające charakteru działalności gospodarczej, w szczególności naukowe, oświatowe lub socjalne, które określił założyciel (fundator)². Fundacja stanowi instytucję powstałą na bazie wydzielonego majątku ruchomego lub nieruchomości, której dochody przeznaczone są na realizację celu określonego przez fundatora, który zapisany jest w akcie założycielskim³.

A. Kidyba wskazuje na tradycyjne podejście do pojęcia fundacji, zgodnie z którym oznacza ono osobę prawną typu zakładowego, której substrat stanowi określony

¹ Zdaniem historyków kultury ludzkiej i prawa, różnorodne formy, wykazujące cechy późniejszych typów fundacji, występowały już w bardzo odległych okresach starożytności. Idea fundacji znana była w Babilonii, jak również w dawnych Indiach. Stosunkowo wcześniej utrwaliła się ona w starożytnym Egipcie, Grecji oraz Rzymie. Należy jednak wskazać, że fundacje w formie zbliżonej do fundacji współczesnych ukształtowały się dzięki judykaturze rzymskiej wczesnych czasów chrześcijańskich. Wtedy również utworzono podstawowe konstrukcje prawa fundacyjnego, przy czym doniosłą rolę w tym zakresie przypisuje się ustawodawstwu justyniańskiemu (lata 527-565), szerzej zob. L. Stecki, *Fundacja. Część pierwsza*, Toruń 1996, s. 27 i n.

² *Encyklopedia popularna PWN*, Warszawa 2011, s. 309.

³ L. Koba [w:] *Encyklopedia. Prawo. Nie tylko dla prawników*, Bielsko-Biała 2002, s. 178.

majątek⁴. Według A. Woltera fundacja stanowi typowy przykład osoby prawnej typu zakładowego. Jako jej istotę autor wskazuje to, że dla osiągnięcia celu społecznie użytecznego, np. filantropijnego, kulturalnego, oświatowego, z woli fundatora następuje wyodrębnienie określonego majątku⁵. Z kolei E. Góra, M. Kotula wskazują, iż fundacje są jednostkami organizacyjnymi typu zakładowego, które mogą być ustanawiane dla realizacji określonych celów, takich jak: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad zabytkami. Warunkiem jest, aby działanie fundacji było zgodne z interesem RP oraz społecznie lub gospodarczo użyteczne⁶.

B. Pachuca definiuje fundacje jako osoby prawne typu zakładowego, których substratem jest określony majątek, przekazany przez fundatora lub fundatorów, którzy działają na podstawie przepisów ustawy o fundacjach oraz statutu fundacji⁷. Natomiast zdaniem S. Grzybowskiego, fundacje można najogólniej określić jako osoby prawne, posiadające charakter zakładów, które powołuje się do życia w drodze aktu fundacyjnego, na mocy którego założyciel przeznaczają majątek na określone cele, w szczególności kulturalne, naukowe, filantropijne, ustanawiając przy tym sposób administrowania wskazanym majątkiem przez właściwe do tego organy fundacji⁸. Obie wskazane definicje wydają się nie obejmować swoim zakresem fundacji prawa publicznego, które nie działają w oparciu o przepisy ustawy o fundacjach ani nie są ustanawiane w drodze aktu fundacyjnego. Lukę tę wypełnia definicja przedstawiona przez P. Suskiego, który definiuje fundacje jako osoby prawne typu zakładowego, które powstają w wyniku oświadczenia woli fundatora, w przypadku natomiast fundacji prawa publicznego – na mocy aktu publiczno-prawnego, na podstawie którego przekazany został majątek trwały na realizację wskazanego przez fundatora trwałego celu społecznego⁹.

H. Cioch definiuje fundację jako jednostkę organizacyjną typu zakładowego, wyposażoną w osobowość prawną, która ustanawiana jest z inicjatywy osób fizycznych lub osób prawnych do realizacji w sposób trwały i w oparciu o wpływy uzyskiwane z przekazanego majątku, określonych w akcie fundacyjnym celów

⁴ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2010, s. 756.

⁵ Realizacja wskazanego celu następuje wprost z tego majątku lub z dochodów, które ten majątek przynosi. Poza wydzieleniem majątku oraz określeniem celu, do powstania fundacji konieczne jest określenie jej organizacji oraz przyznanie samodzielności w postaci osobowości prawnej, zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne, Zarys części ogólnej*, Warszawa 2009, s. 224-225.

⁶ E. Góra, M. Kotula, *Fundacje i stowarzyszenia. Zakładanie, działalność, likwidacja*, Gdańsk 2000, s. 7.

⁷ B. Pachuca [w:] *Ustrój prawny przedsiębiorców*, red. E. Kędra, A. Krasieńska, Olsztyn 2006, s. 347.

⁸ S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1978, s. 174.

⁹ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 355.

użyteczności publicznej¹⁰. A. Wasilewski, za fundacje uznaje określony majątek, przeznaczony zgodnie z wolą fundatora na wskazany cel, trwale z nim związany oraz mający zazwyczaj osobowość prawną¹¹. J. Bról pod pojęciem fundacji rozumie majątek wydzielony przez fundatora na mocy aktu fundacyjnego, który przeznaczony jest na realizację określonego celu użytecznego¹². Natomiast według L. Steckiego, fundację można zdefiniować jako jednostkę, czy też strukturę, organizacyjną, która powoływana jest do życia przez osobę fizyczną lub prawną na podstawie oświadczenia woli składanego *inter vivos* lub *mortis causa*, a w wyjątkowych przypadkach na mocy ustawy, wyposażoną nieodpłatnie w określony majątek, który ma służyć realizacji celu wskazanego przez podmiot ją kreujący¹³.

Według D. Bugajnej-Sporczyk, pod pojęciem fundacji należy rozumieć wyposażoną w osobowość prawną oraz majątek jednostkę organizacyjną, która wykorzystuje ten majątek poprzez wydatkowanie go na niedochodowy, pozostający w zgodzie z interesami państwa, cel użyteczności publicznej¹⁴. Z kolei A. Szustek definiuje fundację jako instytucję życia społecznego posiadającą niekorporacyjny charakter, dla której powstania konieczne są jedynie: cel społecznie użyteczny oraz przeznaczony na jego realizację majątek¹⁵.

H. Izdebski nie podejmuje się zdefiniowania fundacji, ponieważ nie robi tego ustawa o fundacjach. Stwierdza jednak, iż poszczególne przepisy wskazanego aktu prawnego wymieniają konstytutywne elementy tej instytucji, na podstawie których możliwe jest stworzenie definicji fundacji¹⁶. Podobne podejście wykazuje D. Moroń, która stwierdza, że ustawa o fundacjach nie definiuje wprawdzie tego pojęcia, jednak na podstawie analizy jej poszczególnych przepisów jesteśmy w stanie wskazać najważniejsze cechy tego typu organizacji. Zdaniem autorki, fundacja jest podmiotem ustanawianym przez osoby fizyczne lub osoby prawne, którego przeznaczeniem jest realizacja celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, uzyskującym osobowość prawną przez wpis do Krajowego Rejestru Sądowego. Cechą charakterystyczną fundacji, odróżniającą ją od innych podmiotów zaliczanych do tzw. trzeciego sektora, jest majątek, w oparciu o który działa¹⁷. G. Rade-

¹⁰ H. Cioch, *Fundacje w ujęciu prawa polskiego na tle prawnoporównawczym*, Lublin 1995, s. 22-25.

¹¹ A. Wasilewski, *Prawna problematyka fundacji. Zagadnienia podstawowe*, „Państwo i Prawo” 1984, nr 9, s. 27.

¹² J. Bról, *Fundacje (po zmianach ustawodawczych)*, Bydgoszcz 1992, s. 69.

¹³ L. Stecki, *Fundacja...*, *op. cit.*, s. 354.

¹⁴ D. Bugajna-Sporczyk [w:] D. Bugajna-Sporczyk, I. Janson, *Zakładamy fundację*, Warszawa 1996, s. 14.

¹⁵ A. Szustek, *Polski sektor społeczny*, Warszawa 2009, s. 40.

¹⁶ H. Izdebski, *Fundacje i stowarzyszenia*, Warszawa 1991, s. 30.

¹⁷ D. Moroń, *Wolontariat...*, *op. cit.*, s. 20.

cki natomiast słusznie zauważa, że większość występujących w doktrynie definicji fundacji, w mniejszym lub większym stopniu nawiązuje do treści ustawy o fundacjach. Następnie konstruuje definicję tego pojęcia, wskazując, że za fundację należy uznawać osobę prawną (art. 7 ust. 2 ustawy o fundacjach), którą ustanowiono w drodze aktu prywatnoprawnego (art. 2 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1), realizującą cele wskazane w art. 1 ustawy. Autor prawidłowo zastrzega, że zaproponowana przez niego definicja nie jest zupełna, ponieważ nie obejmuje swoim zakresem fundacji prawa publicznego, ustanowionych na mocy odrębnych ustaw¹⁸.

Próby zdefiniowania pojęcia fundacji podejmowane są również w orzecznictwie. Należy w tym miejscu wskazać na uzasadnienie do uchwały SN z dnia 7 lipca 1993 r.¹⁹, w którym stwierdzono, że fundacja stanowi formalnie spersonifikowany majątek, o którego przeznaczeniu i sposobie wykorzystania decyduje wyrażona w statucie wola fundatora. Z kolei w uzasadnieniu do uchwały 7 sędziów SN z dnia 31 marca 1998 r.²⁰ wskazano, że konstytutywnymi elementami fundacji jest jej majątek, cel oraz osobowość prawna. Gdy połączymy wskazane elementy z wymogiem użyteczności publicznej celów wskazanych w akcie fundacyjnym dojdziemy do wniosku, iż każda zarejestrowana w Polsce pod rządami ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. fundacja ma charakter publiczny. W każdym bowiem przypadku powołania fundacji może ona służyć jedynie interesowi bliżej nieokreślonej grupy odbiorców²¹. Natomiast w uzasadnieniu do uchwały składu 7 sędziów z dnia 13 marca 2002 r.²², SN stwierdził, iż pojęcie fundacji należy utożsamiać z majątkiem wyposażonym w osobowość prawną oraz przeznaczonym do realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych.

Analizując orzecznictwo NSA w kontekście rozumienia pojęcia fundacji, należy w pierwszej kolejności wskazać na postanowienie NSA z dnia 12 stycznia 1993 r.²³, w którym stwierdzono, że pojęcia fundacji nie można utożsamiać z korporacją obywateli, lecz ze swoistą „masą majątkową”. Fundacja jest osobą prawną,

¹⁸ G. Radecki, *Fundacje zakładane przez osoby prawne Kościoła katolickiego w Polsce*, Katowice 2009, s. 17.

¹⁹ Sygn. akt III CZP 88/93, OSNCP 1994 nr 1, poz. 14.

²⁰ Sygn. akt III ZP 44/97, OSNAPiUS 1998 nr 16, poz. 472.

²¹ Zdaniem SN, mniejsze znaczenie ma źródło finansowania fundacji, czy też wpłata sumy umożliwiającej podjęcie działalności, bowiem z chwilą zarejestrowania fundacji następuje zerwanie więzi pomiędzy fundatorem a fundacją. Brak zatem podstaw do różnicowania fundacji w zależności od pochodzenia pieniędzy na jej działalność oraz specyfikę celu tej działalności. To, że fundacja stawia sobie za cel zaspokajanie tych samych, albo takich samych potrzeb, do obsługi których powołane są organy administracji publicznej nie upoważnia do twierdzenia, że fundacja wykonuje funkcje z zakresu administracji publicznej.

²² Sygn. akt III ZP 21/01, OSNAPiUS 2002 nr 12, poz. 280.

²³ Sygn. akt I SA 1762/92, ONSA 1993 nr 3, poz. 75.

powołaną do życia przez tzw. akt fundacyjny, mocą którego fundator przeznaczył pewien majątek na oznaczone cele, w szczególności na cele naukowe, kulturalne czy też charytatywne. Analogiczny pogląd wyraził NSA w wyroku z dnia 21 grudnia 2001 r.²⁴, w którym stwierdził, że przepisy ustawy o fundacjach nie statuują fundacji jako korporacji obywateli, lecz stanowi ona swoistą, wyodrębnioną prawnie, masę majątkową, która jako osoba prawna jest powołana do życia przez tak zwany akt fundacyjny, stanowiący oświadczenie woli osoby fizycznej wyrażone w formie aktu notarialnego²⁵.

Wskazać należy również na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 lipca 1998 r.²⁶, zgodnie z którym fundacja nie stanowi organizacji zrzeszającej członków, ale podmiot prawa, który skierowany jest na działanie zewnętrzne na rzecz destynariuszy, którzy nie biorą udziału w działalności organizacyjnej fundacji.

Wykształcone w doktrynie i judykaturze definicje pojęcia fundacji nie zawsze wyrażają jego istotę oraz nie obejmują swoim zakresem tożsamego katalogu podmiotów, które w obrocie prawnym występują w organizacyjno-prawnej formie fundacji. Wydają się, iż prawidłowe rozumienie tego pojęcia ustalić trzeba w drodze wskazania jego konstytutywnych elementów. Również w tym zakresie przedstawiciele doktryny nie mają jednorodnego poglądu. Przykładowo, A. Kidyba wśród konstytutywnych elementów fundacji wymienia: majątek, cel publiczny, strukturę organizacyjną nieposiadającą charakteru korporacyjnego oraz osobowość prawną²⁷. Z kolei L. Stecki wskazuje przede wszystkim na fakt, iż fundacja stanowi ucieleśnienie woli fundatora, poza tym autor jako istotne elementy tego pojęcia wymienia: odpowiednio wyodrębniony majątek, szczególny tryb ustanowienia, oznaczony cel działania, istnienie destynariuszy, znaczną trwałość bytu prawnego fundacji²⁸. Według H. Izdebskiego, ustawa o fundacjach nie zawiera bezpośredniej definicji fundacji, jednak na podstawie analizy poszczególnych regulacji w niej zawartych jesteśmy w stanie wyróżnić podstawowe cechy tej instytucji, co w konsekwencji umożliwi skonstruowanie definicji omawianego pojęcia. Zdaniem autora, do katalogu fundamentalnych elementów fundacji należy zaliczyć: przeznaczenie do realizacji celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, możliwość występowania w roli fundatora zarówno przez osoby fizyczne, jak i osoby prawne,

²⁴ Sygn. akt I SA 786/00, Legalis Nr 123228.

²⁵ Pogląd ten jest utrwalony w orzecznictwie NSA, por. wyrok NSA z dnia 17 stycznia 1989 r., sygn. akt I SA 1019/88, ONSA 1990 nr 1, poz. 4, wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 1996 r., sygn. akt SA/SZ 1732/95, Legalis Nr 40081, wyrok NSA z dnia 13 października 1999 r., sygn. akt IV SA 1349/97, Legalis Nr 178897.

²⁶ Sygn. akt I ACa 500/98, OSA 1999 nr 7, s. 50.

²⁷ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 757.

²⁸ L. Stecki, *Fundacja...*, *op. cit.*, s. 356-360.

posiadanie osobowości prawnej, uzyskiwanej na mocy wpisu do sądowego rejestru fundacji, pozostawanie pod nadzorem organów państwowych oraz korzystanie z określonych przywilejów prawnofinansowych²⁹.

Przedstawione poglądy na temat konstytutywnych cech fundacji, stanowiąc jedynie przykład występujących w literaturze przedmiotu stanowisk w tej kwestii, mają na celu ukazanie problemu, polegającego na utrudnionej możliwości ustalenia znaczenia omawianego pojęcia, który wynika z zaliczania lub niezaliczania przez poszczególnych autorów określonych cech fundacji do katalogu jej cech konstytutywnych. Wydaje się, iż fakt prawnofinansowego uprzywilejowania fundacji należałoby zaliczyć do elementów natury drugorzędnej, które nie określają istoty tego pojęcia, ponieważ fundacje nie są jedyną kategorią podmiotów, które z takich przywilejów korzystają. Analogiczne stanowisko uzasadnione jest również w odniesieniu do przynajmniej pozostawania pod nadzorem określonych organów państwowych, gdyż nie tylko fundacje jemu podlegają. Dodatkowo należy wskazać, że zakres tego nadzoru, jak również jego efektywność uległy znacznym zmianom w następstwie nowelizacji przepisów ustawy o fundacjach³⁰.

W zakresie konstrukcji katalogu fundamentalnych elementów pojęcia fundacji najwłaściwsze podejście zdaje się prezentować H. Cioch, który jako pierwszorzędne cechy tej instytucji wymienia:

- charakter jako *sui generis* jednostki organizacyjnej, posiadającej osobowość prawną,
- istnienie określonego majątku, który pozostaje w ścisłym związku z wyznaczonym przez fundatora celem,
- cel działalności o charakterze użyteczności społecznej lub gospodarczej,
- trwałość realizowanych celów³¹.

Fundacje ustanawiane na podstawie ustawy o fundacjach muszą posiadać osobowość prawną. Z uwagi na ich specyficzną strukturę, w doktrynie przyjmuje się, że są to osoby prawne *sui generis*. Fundacje stanowią podstawowy przykład osoby prawnej typu zakładowego, przez co należy rozumieć, że ich zasadniczym substratem jest majątek³². W przeciwieństwie bowiem od osób prawnych typu korporacyjnego, do

²⁹ H. Izdebski, *Fundacje i Stowarzyszenia. Komentarz...*, *op. cit.*, Łomianki 2000, s. 49-50.

³⁰ H. Cioch, *Prawo fundacyjne*, Warszawa 2011, s. 31.

³¹ *Idem*, s. 29.

³² W literaturze zauważalny jest jednak spór dotyczący określenia substratu, czyli podstawowego, pierwotnego elementu stanowiącego istotę osób prawnych typu zakładowego. Według S. Grzybowskiego, pod pojęciem zakładów tradycyjnie rozumie się osoby prawne, nie posiadające członków, a których organizacja oparta jest na określonej masie majątkowej, zob. S. Grzybowski, *Prawo cywilne...*, *op. cit.*, s. 157-158. Z kolei Z. Radwański oraz A. Olejniczak stoją na stanowisku, iż wbrew tradycyjnym poglądom doktryny, trudno przyjąć, aby w przypadku osób

których zaliczane są stowarzyszenia, istotą fundacji jest określony majątek w oparciu o który funkcjonują, nie mogą zaś posiadać żadnych uprawnionych członków. Osoby prawne typu fundacyjnego mogą mieć wyłącznie destynariuszy lub użytkowników, jednak ich występowanie nie stanowi elementu konstytutywnego tej instytucji, ponieważ w praktyce funkcjonują fundacje, których działalność ma na celu służbę na rzecz ogółu społeczeństwa, bez możliwości wskazania konkretnego recipienta działań przez nie podejmowanych. Na podstawie przepisów ustawy o fundacjach wyłączona jest możliwość ustanowienia fundacji o strukturze korporacyjnej. Również jednostki pozbawione przymiotu osobowości prawnej nie będą w świetle polskiej ustawy uznawane za fundacje, przy czym należy wskazać na możliwość utworzenia takich tworów na podstawie przepisów prawa cywilnego³³.

Fundacja stanowi jednostkę organizacyjną, której zasadniczym celem jest wypełnienie woli fundatora. To właśnie z jego inicjatywy fundacja zostaje wyposażona w określony majątek, przy którego wykorzystaniu ma ona realizować wskazane przez fundatora cele. Głównym zadaniem fundacji, realizowanym przez właściwe do tego organy, jest prawidłowe dysponowanie majątkiem, sprowadzające się do używania go na cele oraz w sposób wskazany w statucie³⁴. Cechą specyficzną fundacji w kontekście jej powiązania z osobą fundatora jest to, iż istnieje ona niezależnie od jego fizycznego czy prawnego bytu. Zaangażowany przez daną osobę majątek funkcjonuje w sposób trwały, przez co należy rozumieć, że fundacja powiązana jest nie tyle z osobą samego fundatora, co ze zjawiskiem jego woli, która istnieje samodzielnie, bez względu na byt fizyczny lub prawny osoby, która ją wyraziła³⁵.

Zgodnie z art. 1 ustawy o fundacjach, fundacja może realizować wyłącznie cele użyteczności publicznej, czyli cele społecznie lub gospodarczo użyteczne, przy za-

prawnych o charakterze fundacyjnym ich substratem był majątek lub „adresaci” podejmowanych przez takie podmioty działań, zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne...*, op. cit., Warszawa 2011, s. 197. Odmiennie natomiast twierdzi E. Niezbecka, która wprost wskazuje, iż osoby prawne typu fundacyjnego, czy też zakładowego, charakteryzuje substrat w postaci pewnego celowo zorganizowanego majątku, zob. E. Niezbecka [w:] T. A. Filipiak, J. Mojak, M. Nazar, E. Niezbecka, *Zarys prawa cywilnego*, Lublin 2000, s. 135, analogicznie: A. Kowalko, H. Witczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 112. Na temat osób prawnych typu zakładowego zob. również E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne. Część ogólna. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 116-117 oraz A. Brzozowski, W. J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2013, s. 122.

³³ W szczególności mowa w tym miejscu o instytucji darowizny z poleceniem uregulowanej w art. 893 i 894 KC oraz zapisu z poleceniem regulowanego przez art. 982-985 KC, H. Cioch, *Prawo...*, op. cit., s. 29-30.

³⁴ D. Bugajna-Sporczyk, I. Janson [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005, s. 16.

³⁵ L. Stecki, *Fundacja...*, op. cit., s. 357.

łożeniu, że pozostają one w zgodzie z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis wskazuje na cele, dla których fundacja może być ustanowiona, są to w szczególności: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad zabytkami.

Należy podkreślić, że zawarty w omawianym przepisie katalog ma charakter przykładowy, z czego wynika stosunkowo duża swoboda fundatora w zakresie wyznaczenia celu, dla realizacji którego powołuje on określoną fundację. Przeznaczeniem fundacji może być realizacja każdego celu charytatywnego, o przymiocie społecznej lub gospodarczej użyteczności, przy zastrzeżeniu jego publicznego charakteru. W praktyce oznacza to, że jedynym ograniczeniem przy określaniu celu fundacji, jest wymóg, aby cel ten nie leżał wyłącznie w interesie samego fundatora lub kręgu osób z nim związanych³⁶.

W kontekście celu działalności fundacji, powstaje pytanie o to czy każdy cel społecznie lub gospodarczo użyteczny stanowi cel użyteczności publicznej oraz czy fundacja może przyjąć cel o charakterze gospodarczej użyteczności jako wyłączny cel swojego funkcjonowania. Wydaje się, iż charakter celu użyteczności publicznej może mieć wyłącznie cel społecznie użyteczny i tylko takie cele powinny stanowić cele statutowe fundacji. Należy zgodzić się z H. Ciochem, który zajmuje stanowisko, iż fundacje, których cel działalności nie jest związany z realizacją celów społecznie użytecznych stanowią tzw. pseudofundacje i jako takie powinny zostać zniesione³⁷. Zdaniem autora, przyczyną takiego stanu rzeczy jest treść art. 1 ustawy o fundacjach, który wprost wskazuje na możliwość ustanowienia fundacji o wyłącznie gospodarczo użytecznym celu działania. Gramatyczna wykładnia przepisu prowadzi do wypaczenia istoty fundacji jako osoby prawnej użyteczności publicznej. Należy wskazać, że do realizacji celów gospodarczych przeznaczone są inne instytucje prawne, w szczególności spółki prawa cywilnego, spółki prawa handlowego lub spółdzielnie. Fundacje natomiast, podobnie jak stowarzyszenia,

³⁶ H. Cioch [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 22.

³⁷ W dalszej części swoich rozważań, autor precyzuje powyższy pogląd, stwierdzając, iż fundacje, których statutowym celem działalności jest realizacja wyłącznie celów gospodarczo użytecznych nie tyle powinny podlegać likwidacji, co powinny zostać pozbawione swoich przywilejów prawno-podatkowych, co spowodowałoby zrównanie ich w tym zakresie z przedsiębiorcami. W zgodzie z takim stanowiskiem pozostaje pogląd wyrażony przez NSA w wyroku z dnia 21 kwietnia 1994 r. (sygn. akt SA/Po 3259/93, Legalis Nr 38510), zgodnie z którym twierdzenie, iż każda fundacja realizuje cele społecznie użyteczne byłoby sprzeczne z treścią przepisu art. 1 ustawy o fundacjach, który wprowadza rozróżnienie na fundacje ustanowione dla realizacji celów społecznie użytecznych i gospodarczo użytecznych. Nie każda więc fundacja realizuje cele społecznie użyteczne, gdyż może ona być powołana także do realizacji celów gospodarczo użytecznych.

ze swej istoty powinny być instrumentem prawnym służącym do realizacji celów idealnych, za które mogą być uznawane wyłącznie cele o charakterze społecznie użytecznych³⁸.

Ostatnią ze wskazanych konstytutywnych cech fundacji stanowi trwałość realizowanych przez nią celów. Fundacja jest bowiem instytucją o trwałych strukturach oraz zakładającą permanentność swojej działalności, co oznacza, że jej zadaniem powinno również być pomnażanie lub przynajmniej odtwarzanie pierwotnie otrzymanego majątku. Możliwość czerpania przez takie podmioty dochodu, w celu odtwarzania swojego majątku, stanowiła źródło kontrowersji. Rewizję poglądów dotyczących tej kwestii wymusiła ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, która wyposażyła fundacje w możliwość działania w celu niedochodowym, przy jednoczesnym jednak oparciu o działalność związaną z pobieraniem opłat za świadczone usługi w ramach realizacji tych celów. Mniej kontrowersyjną formę pozyskiwania funduszy stanowi działalność gospodarcza fundacji, która jednak jest jej działalnością uboczną, podporządkowaną celowi statutowemu i stanowiącą wyłącznie źródło dochodów przeznaczanych na jego realizację. Wykonywanie działalności gospodarczej nie może być głównym zadaniem fundacji, ponieważ takim zadaniem jest realizacja celu o charakterze niezarobkowym, który wypełnia określone społeczne oczekiwania³⁹.

Na gruncie polskiego prawa fundacyjnego, fundacje nie stanowią jednolitej kategorii prawnej. Wyczerpujące określenie znaczenia pojęcia fundacji wymaga wyróżnienia poszczególnych kategorii fundacji, powiązanego ze wskazaniem ich cech charakterystycznych. W aspekcie legalnej analizy tej instytucji, najbardziej istotny wydaje się podział fundacji na fundacje prawa prywatnego oraz fundacje prawa publicznego, fundacje samodzielnie i niesamodzielne, a także na fundacje, które w ramach swojego funkcjonowania prowadzą działalności gospodarczą

³⁸ Szerzej zob. H. Cioch [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, *op. cit.*, s. 20-23, por. Także H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 31-32.

³⁹ D. Bugajna-Sporczyk, I. Janson [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztেকier-Łabuszewska, *Fundacje...*, *op. cit.*, s. 16-17. Odnośnie do możliwości odtwarzania przez fundację pierwotnie otrzymanego majątku, warto również wskazać na wyrok WSA z siedzibą w Krakowie z dnia 29 maja 2007 r. (sygn. akt I SA/Kr 1022/05, Legalis Nr 274914), w którym stwierdzono, iż dopuszczalne jest wydatkowanie przychodów fundacji na środki służące akumulacji kapitału i jego pomnożenia, w celu późniejszego wykorzystania na cele związane z np. działalnością dobroczynną. W związku z tym dopuszcza się skorzystanie ze zwolnienia w przypadku umieszczenia środków na lokacie lub zainwestowaniu ich poprzez nabycie papierów wartościowych. W przypadku braku odmiennej woli fundatora, zarząd ma prawo swobodnie przekształcać strukturę tego majątku w całości lub części i dokonywać „zamiany” pieniędzy na papiery wartościowe lub udziały, za nie nabywać nieruchomości, te zaś zbywać w celu pozyskania kosztowności.

i fundacje, które takiej działalności nie podejmują. Pozostałe występujące w literaturze przedmiotu podziały⁴⁰ mieszczą się we wskazanej kategoryzacji⁴¹.

W przypadku podziału na fundacje prawa prywatnego oraz fundacje prawa publicznego, kryterium rozróżniające stanowi tryb ustanowienia danego podmiotu. Fundacje prywatnoprawne powołuje się do życia na podstawie przepisów prawa prywatnego, w drodze czynności prawnej. Ich powstanie, organizację oraz funkcjonowanie reguluje ustawa o fundacjach. Fundacje prawa publicznego natomiast tworzone są na mocy aktu publicznoprawnego, ustawy lub aktu administracyjnego. Status fundacji publicznoprawnej w Polsce posiadają obecnie fundacje: Zakład Narodowy imienia Ossolińskich, Centrum Badania Opinii Społecznej oraz Zakłady Kórnickie. Ustanowiono je na mocy ustaw, których przepisy określają ich ustrój, państwo wyposażyło je w określony majątek oraz podlegają nadzorowi sprawowanemu przez naczelne organy administracji rządowej, które również nadały im statuty⁴². Do katalogu fundacji prawa publicznego należy również zaliczyć Fundację „Polsko-Niemieckie Pojednanie”. Cechą szczególną tej fundacji jest to, że w odróżnieniu od pozostałych istniejących na terytorium RP fundacji prawa publicznego, nie została ona utworzona na mocy odrębnej ustawy i funkcjonuje w oparciu o przepisy ustawy o fundacjach⁴³.

⁴⁰ Przykładowo, A. Kidyba wskazuje dodatkowo na podział fundacji na publiczne i prywatne, przy czym kryterium takiego rozróżnienia jest cel, dla którego fundacja została utworzona. Fundacje, które stawiają sobie cele o charakterze wyłącznie prywatnym, nieposiadające przymiotu społecznej lub gospodarczej użyteczności, nie mogą być na podstawie ustawy o fundacjach ustanowione, A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2010, s. 757, por. również A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Prawo o stowarzyszeniach*, Warszawa 1997, s.15. P. Suski natomiast wyróżnia dodatkowo podział na fundacje ustanowione dla realizacji celów społecznie użytecznych oraz dla realizacji celów użytecznych gospodarczo, jak również podział na fundacje kapitałowe oraz fundacje zakładowe. Te pierwsze oznaczają fundacje, których majątek złożony jest w kapitale, z którego dochody mają być użyte na cele fundacji. O fundacjach-zakładach możemy mówić w przypadku, gdy majątek określonej fundacji stanowią przedmioty użytkowe (np. nieruchomości, wyposażenie biurowe) oraz prawa osobiste (np. z najmu), które zebrane są w pewne celowe urządzenie. Dodatkowo autor wskazuje na fundacje użytkowe oraz fundacje dochodowe, fundacje świeckie i kościelne oraz fundacje krajowe i zagraniczne, zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 363-364.

⁴¹ H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 35.

⁴² Należy zaznaczyć, iż w doktrynie przedwojennej w katalogu fundacji prawa publicznego obowiązywało rozróżnienie na fundacje państwowe, które tworzone były z mienia państwowego (np. fundacja „Wieś Kościuszkowska” lub fundacja Sułkowskich) oraz fundacje, które ustanawiane były z wykorzystaniem środków prywatnych, jednak na mocy aktów publicznoprawnych (np. fundacja Smogulecka imienia Bogdana Hutten-Czapskiego), tak: P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 360-361.

⁴³ Fundację powołano do życia w dniu 16 października 1991 r. na podstawie umowy międzynarodowej pomiędzy Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec, szerzej zob. H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 144-145.

Przesłanka wyposażenia w przymiot osobowości prawnej stanowi natomiast podstawę rozróżnienia na fundacje samoistne oraz fundacje niesamoistne. Fundacje o samoistnym charakterze posiadają osobowość prawną. Ich funkcjonowanie reguluje ustawa o fundacjach. Fundacje niesamoistne natomiast, nazywane również niesamodzielnymi lub niewłaściwymi, nie stanowią odrębnych osób prawnych. Instytucje takie polegają na ustanowieniu wyodrębnionej masy majątkowej, w odniesieniu do której podmiotem praw staje się już istniejąca osoba prawna⁴⁴, wyjątkowa osoba fizyczna. Podmiot zarządzający wskazanym majątkiem ma za zadanie wydatkować go na określone cele, w szczególności takie jak stypendia, różnego rodzaju nagrody lub wskazane cele socjalne⁴⁵. W doktrynie przeważa pogląd, że w polskim porządku prawnym fundacje niesamoistne mogą być ustanowione przy wykorzystaniu instytucji darowizny z poleceniem, uregulowanej w art. 893-895 KC, jak również zapisu z poleceniem, który regulują przepisy art. 982-985 KC⁴⁶. Spotykane jest także stanowisko, że do tego typu instytucji należy stosować w możliwie najszerszym zakresie regulacje ustawy o fundacjach, a nie przepisy KC⁴⁷.

Obowiązująca ustawa o fundacjach uzależnia uzyskanie statusu prawnego fundacji od wyposażenia określonego podmiotu w osobowość prawną. Takie ograniczenie pociąga za sobą znaczące zawężenie zakresu pojęcia fundacji, w porównaniu z poprzednio obowiązującym aktem prawnym, który regulował daną problematykę. Dekret z 1919 r. o fundacjach i o zatwierdzaniu darowizn i zapisów miał bowiem zastosowanie zarówno do fundacji samoistnych, jak i fundacji niesamoistnych, z czego należy wnioskować, że przesłanka posiadania osobowości prawnej nie była w ówczesnym porządku prawnym warunkiem sine qua non funkcjonowania w formie organizacyjno-prawnej fundacji⁴⁸.

Należy zgodzić się z H. Ciochem, który twierdzi, iż fundacje o niesamoistnym charakterze, pomimo, iż stanowią instytucje prawne, których konstrukcja cechuje się wysokim stopniem podobieństwa do fundacji samodzielnych, nie powinny być zaliczane do kategorii prawnej fundacji⁴⁹. Analogiczne stanowisko zajmuje L. Ste-

⁴⁴ Przykładowo, stowarzyszenia, uniwersytety, banki, przedsiębiorstwa, jak również organizacje użyteczności publicznej, takie jak muzea, gminy lub urzędy powiatowe, tak: H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 36.

⁴⁵ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 362.

⁴⁶ H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 29-30.

⁴⁷ Wskazuje się na powinność stosowania w szczególności przepisów regulujących kwestie związane z aktem fundacyjnym, z wyłączeniem jednak przepisów o rejestracji, ponadto, zgodnie z prezentowanym stanowiskiem doktryny, należy stosować przepisy o nadzorze, zmianie celu fundacji oraz przepisy dotyczące zasad przekazywania majątku fundacji w sytuacji utraty przez jego zarządcę osobowości prawnej, P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 363.

⁴⁸ H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 28.

⁴⁹ *Idem*, s. 42.

cki, który twierdzi, że we współczesnych systemach fundacyjno-prawnych podział fundacji na podstawie kryterium posiadania osobowości prawnej stracił swoją aktualność, ponieważ obecnie wszystkie podmioty występujące w obrocie prawnym w formie fundacji taką osobowość mają. W konsekwencji, autor nie znajduje uzasadnienia dla wyodrębniania pod względem prawnym fundacji o charakterze niesamodzielnym⁵⁰.

Z uwagi na brak osobowości prawnej⁵¹, który pociąga za sobą wyłączenie możliwości uzyskania statusu zamawiającego, powiązanego z obowiązkiem przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych, zdaniem autora, szczegółowa analiza instytucji prawnej fundacji niesamodzielną wykracza poza ramy niniejszej monografii⁵².

Ostatni z wprowadzonych podziałów fundacji związany jest z zagadnieniem prowadzenia przez takie podmioty działalności gospodarczej. W obrocie prawnym występują bowiem fundacje, które taką działalność wykonują oraz takie, których wyłącznym rodzajem podejmowanej aktywności jest działalność społecznie lub gospodarczo użyteczna. Należy jednak podkreślić, co było już sygnalizowane, iż działalność gospodarcza fundacji nie może stanowić jej działalności statutowej, którą obligatoryjnie musi być działalność wskazana w art. 1 ustawy o fundacjach. Fundacje wykonujące działalność gospodarczą posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców⁵³ i podlegają obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, do rejestru przedsiębiorców. Wszelkie jednak środki uzyskane z takiej działalności, obligatoryjnie należy przeznaczyć na realizację celów określonych w statucie⁵⁴.

Zgodnie z postanowieniem SN z dnia 7 maja 2002 r.⁵⁵, jeżeli fundacja ma prowadzić działalność gospodarczą, to tylko w rozmiarach służących realizacji jej celów. Podporządkowanie rozmiarów działalności gospodarczej realizowanym przez fundację celom nie stwarza jednak bezwzględnej konieczności przedmiotowego rozdzielenia omawianych sfer działania. Akcent trzeba bowiem kłaść nie na zagadnienie takich, a nie innych postanowień statutowych, lecz na kwestię ich praktycznej realizacji, przy czym chodzić powinno jedynie o zachowanie akcesoryjności działalności gospodarczej względem działalności celowej (statutowej)⁵⁶.

⁵⁰ L. Stecki, *Fundacja...*, *op. cit.*, s. 365-366.

⁵¹ Jak również brak zdolności prawnej.

⁵² Szerzej nt. pojęcia fundacji niesamodzielną zob. H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 35-42.

⁵³ Dz. U. poz. 646.

⁵⁴ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 364.

⁵⁵ Sygn. akt I CKN 162/00, Legalis Nr 59496.

⁵⁶ Szerzej nt. prowadzenia działalności gospodarczej przez fundacje zob. A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 765-767.

Szczególny rodzaj fundacji stanowią fundacje kościelne. Status taki posiadają fundacje, wobec których w roli założyciela występują Kościoły lub określone kościelne osoby prawne. Podstawy prawne ich funkcjonowania stanowią właściwe ustawy regulujące stosunek państwa do określonego Kościoła, przepisy wewnętrzne danego Kościoła oraz ustawa o fundacjach. Cechą charakterystyczną takiego rodzaju fundacji są szczególne zasady w zakresie nadzoru oraz postępowania likwidacyjnego⁵⁷.

Ponadto fundacje⁵⁸ można podzielić ze względu na kryterium posiadania przez podmiot statusu organizacji pożytku publicznego. Zgodnie z art. 20 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, organizacją pożytku publicznego może być organizacja pozarządowa, w tym fundacja lub stowarzyszenie, która spełnia łącznie następujące warunki⁵⁹:

- prowadzi działalność pożytku publicznego na rzecz ogółu społeczności, lub określonej grupy podmiotów, pod warunkiem, że grupa ta jest wyodrębniona ze względu na szczególnie trudną sytuację życiową lub materialną w stosunku do społeczeństwa;
- może prowadzić działalność gospodarczą wyłącznie jako dodatkową w stosunku do działalności pożytku publicznego;
- nadwyżkę przychodów nad kosztami przeznacza na działalność pożytku publicznego;
- posiada statutowy kolegialny organ kontroli lub nadzoru, odrębny od organu zarządzającego i niepodlegający mu w zakresie wykonywania kontroli wewnętrznej lub nadzoru⁶⁰;

⁵⁷ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 364. Szerzej nt. nadzoru i postępowania likwidacyjnego w przypadku fundacji kościelnych, zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 445-464.

⁵⁸ Analogiczny podział można wprowadzić odnośnie do stowarzyszeń.

⁵⁹ Ustawa zawiera jeden dodatkowy warunek, który jednak odnosi się wyłącznie do stowarzyszeń, stanowiąc, że w przypadku takich podmiotów działalność pożytku publicznego nie może być prowadzona wyłącznie na rzecz członków stowarzyszenia.

⁶⁰ Przy czym członkowie organu kontroli lub nadzoru:

- nie mogą być członkami organu zarządzającego ani pozostawać z nimi w związku małżeńskim, we wspólnym pożyciu, w stosunku pokrewieństwa, powinowactwa lub podległości służbowej,

- nie byli skazani prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe,

- mogą otrzymywać z tytułu pełnienia funkcji w takim organie zwrot uzasadnionych kosztów lub wynagrodzenie w wysokości nie wyższej niż przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw ogłoszone przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni.

- członkowie organu zarządzającego nie byli skazani prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe.
- spełniają szczególne wymagania w zakresie uregulowań statutu⁶¹.

Należy zgodzić się z tezą, iż ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie nie wprowadza do porządku prawnego nowego rodzaju podmiotów, dając jednie prawo jednostkom już istniejącym, które spełniają określone w ustawie warunki, do czerpania korzyści wynikających z jej regulacji. Będą to w szczególności korzyści o charakterze finansowym⁶², podatkowym⁶³ oraz ułatwienia w zakresie nabywania nieruchomości od jednostek samorządu terytorialnego i Skarbu Państwa, jak również ułatwiony dostęp do radia oraz telewizji⁶⁴.

Uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego następuje w drodze wpisanania odpowiedniej informacji w KRS, tym samym należy stwierdzić, że oceny w zakresie spełnienia ustawowych warunków uzyskania statusu organizacji pożytku publicznego dokonuje sąd rejestrowy⁶⁵.

⁶¹ Ustawa wymaga, aby statut zawierał klauzule zabraniające:

- udzielania pożyczek lub zabezpieczania zobowiązań majątkiem organizacji w stosunku do jej członków, członków organów lub pracowników oraz osób, z którymi członkowie, członkowie organów oraz pracownicy organizacji pozostają w związku małżeńskim, we wspólnym pożyciu albo w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia albo są związani z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli, zwanych dalej „osobami bliskimi”;
- przekazywania ich majątku na rzecz ich członków, członków organów lub pracowników oraz ich osób bliskich, na zasadach innych niż w stosunku do osób trzecich, w szczególności, jeżeli przekazanie to następuje bezpłatnie lub na preferencyjnych warunkach,
- wykorzystywania majątku na rzecz członków, członków organów lub pracowników oraz ich osób bliskich na zasadach innych niż w stosunku do osób trzecich, chyba że to wykorzystanie bezpośrednio wynika z celu statutowego,
- zakupu towarów lub usług od podmiotów, w których uczestniczą członkowie organizacji, członkowie jej organów lub pracownicy oraz ich osób bliskich, na zasadach innych niż w stosunku do osób trzecich lub po cenach wyższych niż rynkowe.

⁶² Przykładowo, możliwość przekazania takim podmiotom 1% podatku dochodowego od osób fizycznych.

⁶³ Zgodnie z art. 24 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, organizacji pożytku publicznego przysługuje, na zasadach określonych w przepisach odrębnych, zwolnienie od: podatku dochodowego od osób prawnych, podatku od nieruchomości, podatku od czynności cywilnoprawnych

⁶⁴ D. Bugajna-Sporczyk, I. Janson [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztetkier-Łabuszewska, *Fundacje...*, *op. cit.*, s. 202.

⁶⁵ D. Bugajna-Sporczyk, I. Janson [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztetkier-Łabuszewska, *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005, s. 202.

3.2. Pojęcie i rodzaje stowarzyszeń

W najszerszym rozumieniu pojęcie stowarzyszenia oznacza dobrowolny związek grupy osób, zorganizowany dla realizacji wspólnych zamierzeń, dla wspólnego działania⁶⁶, względnie pojęcie to utożsamiane jest z prawną formą zrzeszania się obywateli w celu realizacji ich zbiorowych potrzeb, zaspokajania zainteresowań lub prowadzenia niezarobkowej działalności⁶⁷. Z kolei w ujęciu encyklopedycznym jako stowarzyszenie ujmuje się dobrowolne, trwałe zrzeszenie osób, które posiada cele o niezarobkowym charakterze oraz w sposób samodzielny określa swoje programy i strukturę⁶⁸.

E. Dzbeńska i M. Sztekier-Łabuszewska definiują stowarzyszenie jako zrzeszenie osób fizycznych, a w przypadku związków stowarzyszeń - osób prawnych, które skupione są wokół celu określonego w statucie. Osoby te prowadzą w sposób zorganizowany działalność zmierzającą do realizacji wyznaczonych przez ich organizację zadań. W następnej kolejności autorki, w oparciu o przepisy Prawa o stowarzyszeniach, wskazują na cechy takiego zrzeszenia, które warunkują uznanie takiego podmiotu za stowarzyszenie, tj. dobrowolność, trwałość, samorządność i niezarobkowy cel działalności⁶⁹.

J. Starościak i E. Iserzon definiują stowarzyszenie jako dobrowolne, trwałe zrzeszenie osób, które łączą się dla celów niezarobkowych. Osoby te współdziałają w realizacji określonych zadań o charakterze publicznym lub społecznym, jak również zmierzają do zaspokojenia swoich interesów⁷⁰. Trafność wskazanego stanowiska zauważył J. Romul, który następnie sformułował własną definicję stowarzyszenia, stwierdzając, że stanowi ono rodzaj organizacji społecznej o charakterze niepaństwowym, którą wyróżniają następujące cechy: dobrowolność, trwałość, cel w postaci zadośćuczynienia szczególnym upodobaniom jej członków, służba na rzecz całego społeczeństwa, charakter formy kontroli społecznej, kierownictwo ze strony państwa, niezarobkowy cel działalności⁷¹.

K. Olechnicki i P. Załęcki określają stowarzyszenie jako dobrowolne, cechujące się stosunkową trwałością zrzeszenie, powołane w celu prowadzenia niekomercyj-

⁶⁶ W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, Tom 8, Warszawa 1966, s. 786.

⁶⁷ H. Zgólkowska (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, Tom 40, Poznań 2003, s. 306.

⁶⁸ *Nowa encyklopedia powszechna PWN*, Tom 6, Warszawa 1997, s. 62.

⁶⁹ E. Dzbeńska, M. Sztekier-Łabuszewska [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005, s. 417.

⁷⁰ J. Starościak, E. Iserzon, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1963, s. 450.

⁷¹ J. Romul, *Pojęcie stowarzyszenia*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” 1965, nr 4, s. 46.

nej działalności kulturalnej i społecznej, która ma na celu zaspokojenie indywidualnych zainteresowań jego członków⁷².

A. Kidyba, opierając swoje rozważania na ustawowej definicji stowarzyszeń, wskazuje, iż stanowią one, obok fundacji oraz partii politycznych, przykład jednostek organizacyjnych, których podstawowy cel nie jest związany z celem gospodarczym. Dokonuje przy tym trafnego rozróżnienia między wskazanymi kategoriami podmiotów, przyjmując, że od fundacji stowarzyszenia odróżnia okoliczność, iż stanowią one zbiorowość osób fizycznych wyposażoną w osobowość prawną, osoby te powiązane są ze stowarzyszeniem stosunkiem członkostwa i to właśnie członkowie są jego substratem, decydują o jego celach oraz działalności. Samo stowarzyszenie z kolei ma za zadanie zaspokajając potrzeby swoich członków. W zestawieniu natomiast z partiami politycznymi wskazuje na podobieństwo w postaci występowania stosunku członkostwa w takich jednostkach, jako zasadniczą różnicę przyjmuje fakt wyłączenia partii politycznych spod regulacji Prawa o stowarzyszeniach⁷³ i objęcie ich odrębną regulacją⁷⁴.

Według S. Grzybowskiego, forma stowarzyszenia jest najbardziej ogólną formą prawną organizacji społecznych, przyjmuje się również, że stanowi ona wzorcowy przykład osoby prawnej typu korporacyjnego. Wzorcowy charakter korporacji podkreślany jest zarówno w zakresie ustroju i organizacji stowarzyszeń, jak również odnośnie do charakteru statutu oraz stosunków prawnych występujących pomiędzy korporacją a jej członkami⁷⁵. Wśród cech charakterystycznych osób prawnych typu korporacyjnego wymienia się:

- główny substrat takich podmiotów w postaci osób fizycznych lub prawnych, które działając w roli członków uiszczają składki⁷⁶, z których tworzony jest majątek korporacji,
- członkowie osoby prawnej posiadają szereg uprawnień, przy pomocy których podejmują decyzje w przedmiocie celów i sposobu wykonywania działalności korporacji⁷⁷.

Porównując osoby prawne typu korporacyjnego i osoby prawne typu fundacyjnego (zakładowego) należy w pierwszej kolejności wskazać na ich substrat. W przypadku pierwszej kategorii podmiotów posiada on charakter osobowy, w przypadku zakładów substrat stanowi natomiast wyodrębniona masa majątko-

⁷² K. Olechnicki, P. Załęcki, *Słownik socjologiczny*, Toruń 2002, s. 205.

⁷³ Na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy.

⁷⁴ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 769-770.

⁷⁵ S. Grzybowski, *Prawo cywilne...*, *op. cit.*, s. 168; zob. również S. Grzybowski [w:] S. Grzybowski, J. Skąpski, S. Wójcik, *Zarys prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 51-52.

⁷⁶ Lub wnoszą wkłady.

⁷⁷ A. Kawalko, H. Witzczak, *Prawo cywilne*, Warszawa 2008, s. 106.

wa. Korporacja stanowi zbiorowość osób, związanych są z nią stosunkiem członkostwa i realizujących wspólny cel, natomiast fundacje działają na rzecz osób, które nie są jej członkami. Ponadto cele działalności oraz zadania korporacji określają członkowie osoby prawnej, w przypadku fundacji z kolei kwestie te określa określa fundator, założyciel osoby prawnej. Dodatkowo, wskazać można, że majątek korporacji tworzony jest przez jej członków, natomiast pierwotny majątek fundacji pochodzi od fundatora⁷⁸.

W odróżnieniu od pojęcia fundacji, w przypadku pojęcia stowarzyszenia dysponujemy jego legalną definicją. Wydaje się, iż właśnie z uwagi na fakt skonstruowania odpowiedniej definicji przez ustawodawcę mamy do czynienia z istotnym, w zestawieniu z mnogością poglądów odnośnie do pojęcia fundacji, ograniczeniem doktrynalnych rozważań nad istotą stowarzyszenia. W literaturze przedmiotu stosunkowo rzadkie są próby stworzenia własnych autorskich definicji tego pojęcia, co bezpośrednio związane jest z przyjęciem przez znaczącą większość autorów legalnej definicji jako fundamentu dla swoich dalszych rozważań⁷⁹.

Prawo o stowarzyszeniach z 1932 r. definiowało stowarzyszenie jako dobrowolne, trwałe zrzeszenie o celach niezarobkowych. Obowiązująca ustawa zwiera porównywalną definicję, z tym że wskazuje na dodatkową cechę stowarzyszeń w postaci samorządności takich podmiotów. Zgodnie z przepisem art. 2 ust. 1 obowiązującej ustawy – Prawo o stowarzyszeniach, pod pojęciem stowarzyszenia należy więc rozumieć dobrowolne, samorządne oraz trwałe zrzeszenie o celach niezarobkowych.

Dokonując analizy ustawowej definicji należy w pierwszej kolejności określić znaczenie pojęcia „zrzeszenie”. Ani Prawo o stowarzyszeniach, ani inne akty normatywne, w których to pojęcie występuje, nie zawierają jego objaśnienia. Pojęcie zrzeszenia stanowi przedmiot zainteresowania nauk socjologicznych⁸⁰. Oznacza ono typ zbiorowości społecznej, grupę utworzoną dobrowolnie, tj. zakładającą dobrowolne członkostwo jednostek, cechującą się świadomym zamiarem jej członków osiągnięcia konkretnych celów⁸¹. Zrzeszenie rozumiane jest więc jako grupa społeczna o charakterze celowym, której cel określany jest przez osoby w niej uczestniczące. Osiąganie celu zrzeszenia zasadniczo służyć ma zaspokajaniu potrzeb osób zrzeszających się, co jednak nie wyklucza służby wobec szerszej społeczności⁸².

⁷⁸ K. Czajkowska-Matosiuk, *Prawo cywilne – część ogólna, prawo rzeczowe i zobowiązania*, Warszawa 2009, s. 49-50.

⁷⁹ Tak np.: M. Chmaj (red.), *Wolność...*, *op. cit.*, s. 76; B. Pachuca [w:] *Ustrój prawny...*, *op. cit.*, s. 342; A. Szustek, *Polski sektor...*, *op. cit.*, s. 45.

⁸⁰ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 49.

⁸¹ K. Olechnicki, P. Załęcki, *Słownik...*, *op. cit.*, s. 261.

⁸² Dodatkowo należy wskazać, że pojęcie zrzeszenia przeciwstawia się pojęciu wspólnoty, przyjmując jako kryterium rozróżniające czynnik motywacyjny przynależności do takich

Wskazaną w definicji cechą dobrowolności stowarzyszeń, należy rozumieć jako swobodę inicjatywy zrzeszenia się. Powołanie do życia stowarzyszenia jest w pełni uzależnione od woli osób fizycznych, w ograniczonym zakresie również osób prawnych. Swoboda inicjatywy założenia stowarzyszenia pociąga za sobą logiczną konsekwencję w postaci możliwości swobodnego podjęcia decyzji o jego rozwiązaniu. Oznacza to, że żaden organ władzy nie ma prawnej możliwości nałożenia na członków stowarzyszenia obowiązku kontynuowania działalności⁸³. Dobrowolny charakter stowarzyszeń oznacza, że w stosunku do jego członków nie ma żadnych ograniczeń natury ideologicznej, ekonomicznej czy politycznej, które mogłyby wpływać na ich swobodę⁸⁴. Wyrazem dobrowolności jest również swoboda udziału w stowarzyszeniu, co wynika *expressis verbis* z art. 6 ust. 2 Prawa o stowarzyszeniach, który stanowi, iż nikt nie może być zmuszany do udziału w stowarzyszeniu lub ograniczany w prawie do wystąpienia z niego. Dodatkowo przepis wskazuje, że nikt nie może ponosić ujemnych następstw z powodu przynależności do stowarzyszenia albo pozostawania poza nim⁸⁵. Zasadę swobody członków stowarzyszenia podkreśla ponadto art. 6 ust. 1 ustawy, ustanawiający zakaz tworzenia stowarzyszeń, w których obowiązuje zasada bezwzględnej posłuszeństwa członków wobec ich władz.

W ogólnym ujęciu, samorządność stowarzyszeń należy utożsamiać z ich niezależnością od podmiotów zewnętrznych oraz całkowitą swobodą w zakresie podejmowania decyzji przez organy i członków stowarzyszenia w jego sprawach⁸⁶. Samorządność rozumiana jest przede wszystkim jako samodzielność stowarzyszeń, która zagwarantowana jest w przepisie art. 2 ust. 2 Prawa o stowarzyszeniach, stanowiącego, że stowarzyszenia samodzielnie określają swoje cele, programy działania i struktury organizacyjne oraz uchwalają akty wewnętrzne dotyczące ich działalności. Ustawowe ograniczenia samorządności stowarzyszeń są nieliczne. W szczególności wskazać można na art. 11, który zastrzega, iż najwyższą władzą stowarzyszenia jest walne zebranie członków oraz nakłada na stowarzyszenia obowiązek posiadania zarządu oraz organu kontroli wewnętrznej. Pozostałe kwestie związane z wewnętrzną organizacją stowarzyszenia zależą w pełni od decyzji jego założycieli, a później członków. To oni decydują również o jego celach. Ingerencja w działalność stowarzyszenia ze strony organu nadzoru, sądu stosującego środki

zbiorowości. W przypadku wspólnoty uczestnictwo w niej podyktowane jest motywami emocjonalnymi, uczestnictwo w zrzeszeniu natomiast wynika z motywacji racjonalnej. Szerzej zob. M. Pacholski [w:] M. Pacholski, A. Słaboń, *Słownik pojęć socjologicznych*, Kraków 2010, s. 264.

⁸³ P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie polskim*, Warszawa 2002, s. 45.

⁸⁴ J. Romul, *Pojęcie stowarzyszenia*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” 1965, nr 4, s. 46.

⁸⁵ P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie...*, *op. cit.*, s. 45.

⁸⁶ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 770.

nadzoru, jak również sądu rejestrowego, może mieć miejsce wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie⁸⁷.

Szczególnie istotnym wyrazem zasady samorządności stowarzyszenia jest wyposażenie jego założycieli, a następnie członków, w prawo do samodzielnego sporządzenia statutu. Niezależność przy opracowywaniu statutu uznawana jest za najistotniejszą gwarancję zasady samorządności. Jedyne ograniczenie swobody w tym zakresie wynika z wprowadzenia obowiązku uwzględnienia w statucie elementów enumeratywnie wymienionych w art. 10 ustawy. Prawo o stowarzyszeniach nie przewiduje możliwości wywierania wpływu na treść statutu ze strony jakiegokolwiek organu państwowego, w tym sądu rejestrowego⁸⁸.

Trwały charakter stowarzyszeń należy rozumieć w ten sposób, iż w zakresie istnienia stowarzyszenia rozstrzygające znaczenie ma byt jego celów, a nie pozostawanie w jego składzie osobowym określonych członków. Istotą trwałości stowarzyszenia jest więc trwałość jego celów oraz założenie, że stowarzyszenie ma istnieć niezależnie od egzystencji członków-założycieli, obejmując swoim składem co raz to nowe osoby. Wymóg trwałości celów stawianych sobie przez takie podmioty sprawia, że za stowarzyszenia nie mogą być uznawane twory o dominujących cechach przejściowości, tymczasowości, takie jak różnego rodzaju komitety czy zgromadzenia. Podmioty takie charakteryzują się tym, że ich zasadniczym celem jest doprowadzenie do porozumienia w określonej kwestii, która wymaga pośpiechu w podjęciu wspólnej decyzji, przy czym nie powstają żadne dalsze więzi pomiędzy osobami w nich uczestniczącymi. W stowarzyszeniu natomiast członkowie są powiązani zarówno ze sobą, jak i z samym stowarzyszeniem przez cały czas ich przynależności do niego, w zakresie koniecznym dla realizacji celu stowarzyszenia. Należy również podkreślić, że przymiot trwałości nie może być utożsamiany z czasem trwania stowarzyszenia, które nie traci tej cechy nawet w przypadku, gdy zostało powołane do życia na pewien z góry ustalony czas⁸⁹.

Ustawowy wymóg niezarobkowego celu działalności stowarzyszenia odróżnia takie podmioty od spółek lub spółdzielni, a przybliża je do fundacji. Podobnie więc jak fundacje, stowarzyszenia nie mogą posiadać celów, które polegają na uzyska-

⁸⁷ Należy jednak wskazać, iż zasada samodzielności stowarzyszeń doznaje ograniczenia w przypadku Polskiego Czerwonego Krzyża, którego statut podlegał zatwierdzeniu w drodze rozporządzenia Rady Ministrów. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 51-52.

⁸⁸ Jediną kompetencją sądu w tym zakresie jest odmowa rejestracji stowarzyszenia, w przypadku stwierdzenia sprzeczności statutu z prawem, nie może on jednak samodzielnie zamieścić w statucie jakichkolwiek treści, chociażby obowiązek ich uwzględnienia wynikał z przepisów prawa; tak: L. Wiśniewski, *Wolność zrzeszania się obywateli według prawa o stowarzyszeniach z 1989 r.*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” 1990, nr 1, s. 36.

⁸⁹ P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie...*, *op. cit.*, 47.

niu zysku z zamiarem jego przeznaczenia na inne cele niż te związane z realizacją statutowych działań stowarzyszenia. W szczególności, osiągnane dochody nie mogą przysparzać członkom takiego podmiotu korzyści majątkowych. Mając powyższe na uwadze, pomimo zawartego w Prawie o stowarzyszeniach przyzwolenia na wykonywanie przez takie jednostki działalności gospodarczej należy wskazać, że osiągnane dochody mogą służyć wyłącznie realizacji celów wskazanych w statucie, co oznacza, że nie mogą być one również podzielone pomiędzy pracowników. Zasadniczo bowiem, zgodnie z art. 2 ust. 3 ustawy, stowarzyszenie opierać się ma na pracy społecznej swoich członków, dopuszczalne jest jednak zatrudnianie pracowników do prowadzenia jego spraw⁹⁰. Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów SN z dnia 27 lutego 1990 r.⁹¹, podział dochodu uzyskiwanego przez stowarzyszenie pomiędzy jego członków jest niedopuszczalny również w sytuacji, gdy są oni pracownikami stowarzyszenia.

Prawo o stowarzyszeniach jedynie w sposób negatywny określa cele, dla których realizacji można się zrzeczać, wskazując na ich obligatoryjnie niezarobkowy charakter. Ponadto ustawa nie zawiera katalogu celów, jakie mogą przed sobą stawiać podmioty tworzone w oparciu o jej przepisy. Jedynie w preambule znajduje się ogólne stwierdzenie, że regulacje ustawy mają na celu zagwarantowanie obywatelom prawa do czynnego uczestniczenia w życiu publicznym i wyrażania różnicowanych poglądów oraz realizacji indywidualnych zainteresowań. Jedynym ograniczeniem w zakresie wyboru celu stowarzyszenia⁹² jest art. 58 ust. 2 Konstytucji RP, który delegalizuje zrzeczenia, których cel lub działalność są sprzeczne z Konstytucją lub ustawą. Należy zatem przyjąć, wnosząc a contrario, że wszystkie inne cele będą dozwolone. Oznacza to, że nawet w sytuacji, gdy stowarzyszenie zostało powołane do życia z zamiarem realizacji celów, które nie przynoszą pożytku społecznego⁹³, czy też są nierealne do realizacji lub nawet obiektywnie absurdalne, nie może stanowić to podstawy do odmowy rejestracji takiego podmiotu⁹⁴.

Zgodnie z postanowieniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 31 marca 2000 r.⁹⁵, w świetle postanowień Konstytucji oraz w świetle uregulowań zawartych

⁹⁰ H. Izdebski, *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, Krasnobród 2004, s. 103.

⁹¹ Sygn. akt III PZP 59/89, OSNCP 1990 nr 10-11, poz. 126.

⁹² Poza wskazaną cechą niezarobkowości, którą jednak pośrednio potwierdza przywołany przepis Ustawy Zasadniczej, wskazując na niezgodność z ustawą (w tym przypadku Prawem o stowarzyszeniach) jako przesłankę objęcia zakazem utworzenia zrzeczenia.

⁹³ Obowiązująca ustawa, w przeciwieństwie do Prawa o stowarzyszeniach z 1932 r., nie warunkuje rejestracji stowarzyszenia od stwierdzenia, że jego cele odpowiadają względom pożytku społecznego, por. art. 20 rozporządzenia z 1932 r.

⁹⁴ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 53.

⁹⁵ Sygn. akt I ACa 215/00, OSA 2001 nr 7, poz. 39.

w ustawie - Prawo o stowarzyszeniach, sąd nie jest władny oceniać, czy ustalony w statucie stowarzyszenia zakres działania będzie faktycznie realizowany. Nie może też sąd ingerować w te uregulowania statutu, które nie są sprzeczne z ustawą. Dodatkowo należy wskazać na postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 czerwca 1991 r.⁹⁶, w którym stwierdzono, iż ograniczenie wolności stowarzyszeń polega albo na całkowitym zakazie realizacji wskazanych celów przez działanie w formie stowarzyszeń, albo na reglamentacji realizowania konkretnych celów przez stowarzyszenie określone ustawą. Prawo nie wymaga natomiast, by cele i sposoby realizacji przez stowarzyszenie zmierzające do rejestracji musiały być odmienne od celów i sposobów realizacji innego stowarzyszenia już zarejestrowanego. Brak też podstaw do przyjęcia domniemania wyłączności celów i sposobów ich realizacji na korzyść stowarzyszenia zarejestrowanego wcześniej.

W niektórych przypadkach ustalenie celów stowarzyszeń jest potrzebne do ich odróżnienia, co jest szczególnie istotne w przypadku stowarzyszeń, którym przepisy odrębnych ustaw przyznają określone uprawnienia. Ma to miejsce na przykład odnośnie do stowarzyszeń kombatanckich lub strzeleckich, których szczególny status ustala się na podstawie celów podmiotu wskazanych w statucie⁹⁷. Wyjątkowo swoboda wyboru celu stowarzyszenia doznaje ograniczenia na podstawie przepisów ustaw, które wskazują na cel zrzeszenia się. Ma to miejsce w szczególności w przypadku Polskiego Związku Sportowego, który zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy o sporcie, może być utworzony w celu organizowania i prowadzenia współzawodnictwa w danym sporcie. Z kolei Polski Komitet Olimpijski, w myśl art. 24 ust. 2 wskazanej ustawy, stanowi organizację pozarządową, która samodzielnie wyznacza i realizuje cele związane z ruchem olimpijskim⁹⁸.

Istotne ograniczenie celu, dla którego realizacji następuje zrzeszenie się obowiązuje odnośnie do stowarzyszeń gmin. Zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, gminy mogą tworzyć stowarzyszenia, w celu wspierania idei samorządu terytorialnego oraz obrony wspólnych interesów. Wskazany przepis zezwala gminom na tworzenie stowarzyszeń również z powiatami i województwami. Należy jednak wskazać, że ani ustawa o samorządzie powiatowym, ani ustawa o samorządzie województwa nie zwierają przepisu, który wprowadza jakiegokolwiek ograniczenia w zakresie wyboru celu stowarzyszenia tworzonego przez powiat lub województwo⁹⁹. W doktrynie zauważalny jest spór w zakresie ograniczonego lub nieograniczonego charakteru celu stowarzyszenia, w którym uczestniczy gmina

⁹⁶ Sygn. akt I ACr 100/91, Przeg. Sąd. 1993 nr 11.

⁹⁷ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 53.

⁹⁸ Szerzej zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 56.

⁹⁹ P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie...*, *op. cit.*, 48.

i powiat. Czy w takiej sytuacji należy przyjąć, że powiat, wobec którego ustawa ustrojowa nie przewiduje ograniczeń, doznaje zawężenia katalogu celów tworzonego stowarzyszenia do tych wskazanych w ustawie o samorządzie gminnym? W tym przypadku argumentuje się, że w związku z ograniczeniem celu zrzeszania się obowiązującym wobec gmin, stowarzyszenie o innych celach między wskazanymi jednostkami samorządu terytorialnego nie mogłoby powstać, ponieważ gmina nie ma prawnej możliwości uczestniczenia w takim podmiocie¹⁰⁰. Odmienne stanowisko, wskazujące na nieograniczony katalog celów stowarzyszenia gminy i powiatu, opiera się na założeniu, że przepis art. 84 ustawy o samorządzie gminnym wprowadza ograniczenie celów jedynie w stosunku do stowarzyszeń gmin. Ma on charakter przepisu szczególnego w związku z czym jego rozszerzająca wykładnia jest niedopuszczalna. W przeciwnym przypadku, powiat doznałby ograniczenia swojej swobody tworzenia stowarzyszeń, które nie jest przewidziane w ustawie o samorządzie powiatowym. Dodatkowo podnosi się, że ustawa o samorządzie powiatowym w zestawieniu z ustawą o samorządzie gminnym jest ustawą późniejszą. Jeżeli więc dochodzi do utworzenia stowarzyszenia w oparciu o przepis art. 75 ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym, ograniczenie celów takiego podmiotu nie obowiązuje¹⁰¹. Zdaniem autora niniejszej monografii, prawidłowy wydaje się pierwszy ze wskazanych poglądów. Zasadniczo ograniczenie celów stowarzyszenia tworzonego przez powiat nie obowiązuje. Nie ma to jednak miejsca w sytuacji, gdy członkiem stowarzyszenia obok powiatu ma być gmina. Każda z jednostek samorządu terytorialnego funkcjonuje na podstawie właściwych sobie ustaw ustrojowych i na podstawie regulacji w nich zawartych należy dokonywać analizy sytuacji prawnej właściwych jednostek. Pomimo iż powiat może tworzyć stowarzyszenia o nieograniczonych ustawowo celach, to jednak uczestnictwo w nim gminy pociąga za sobą rozszerzenie reglamentacji celów stowarzyszenia wynikającej z art. 84 ustawy o samorządzie gminnym pośrednio również na powiat. Analogiczne stanowisko należy zająć w przedmiocie dopuszczalnego katalogu celów stowarzyszenia tworzonego przez gminę i województwo.

Na podstawie regulacji rozporządzenia z 1932 r. wyróżniano trzy rodzaje stowarzyszeń: stowarzyszenia zarejestrowane, stowarzyszenia zwykłe oraz stowarzyszenia wyższej użyteczności¹⁰². Jako odrębną kategorię, zbliżoną jednak do

¹⁰⁰ Taki pogląd wyraził C. Martysz [w:] *Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2007, s. 513.

¹⁰¹ Tak: P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 57.

¹⁰² Status stowarzyszenia wyższej użyteczności mogło uzyskać stowarzyszenie zarejestrowane, w sytuacji gdy jego działalność wykazywała szczególną użyteczność dla interesu społecznego lub państwowego. Uznanie za stowarzyszenie wyższej użyteczności następowało w drodze rozporządzenia Rady Ministrów, co wiązało się z nadaniem stowarzyszeniu odpowiedniego sta-

stowarzyszeń zarejestrowanych, uznawano ponadto związki stowarzyszeń lub innych osób prawnych¹⁰³. W obecnie obowiązującej ustawie – Prawo o stowarzyszeniach wyróżniono trzy rodzaje stowarzyszeń:

- stowarzyszenia zarejestrowane,
- stowarzyszenia zwykłe,
- związki stowarzyszeń¹⁰⁴.

Stowarzyszenia zarejestrowane stanowią podstawową formę zrzeszania się. Ich cechą charakterystyczną jest posiadanie osobowości prawnej, uzyskiwanej z chwilą wpisu do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej w KRS.

Stowarzyszenia zwykłe uznawane są za uproszczoną formę stowarzyszeń. Podmioty takie nie posiadają osobowości prawnej, ustawa wyposaża je jednak w prawo do nabywania we własnym imieniu praw, w tym własności i innych praw rzeczowych. Ponadto takie podmioty mogą zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywane. Szczególnie istotne z punktu widzenia tematu niniejszej publikacji jest uprawnienie określone w art. 42 ust. 3 Prawa o stowarzyszeniach, zgodnie z którym stowarzyszenie zwykłe może otrzymywać dotacje na zasadach określonych w odrębnych przepisach. Stowarzyszenie tego rodzaju może zostać utworzone z inicjatywy co najmniej trzech osób. Powstaje ono i może rozpocząć działalność z chwilą wpisu do ewidencji stowarzyszeń zwykłych¹⁰⁵. Zgodnie z art. 42 ustawy, wobec stowarzyszeń zwykłych obowiązuje w szczególności zakaz: powoływania terenowych jednostek organizacyjnych, łączenia się w związki stowarzyszeń, zrzeszania osób prawnych, prowadzenia działalności gospodarczej.

Sytuacja prawna związków stowarzyszeń uregulowana jest w art. 22 ustawy, zgodnie z którym, związek taki mogą założyć stowarzyszenia w liczbie co najmniej trzech. Założycielami i członkami związku mogą być także inne osoby prawne, z tym że osoby prawne mające cele zarobkowe mogą być wyłącznie członkami wspierającymi. Ponadto do związków stowarzyszeń stosuje się odpowiednio przepisy Prawa o stowarzyszeniach.

tutu. Stowarzyszenie wyższej użyteczności posiadało prawo wyłączności w zakresie działania w określonym obszarze, które obowiązywało na terytorium całej Polski lub jego części. Szerzej zob. J. Łętowski [w:] *Encyklopedia podręczna. Prawo na co dzień*, Warszawa 1974, s. 209-210.

¹⁰³ H. Izdebski, *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz...*, op. cit., Krasnoblód 2004, s. 105.

¹⁰⁴ E. Dzbeńska, M. Sztekier-Łabuszewska [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Jan-son, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje...*, op. cit., s. 419.

¹⁰⁵ Zob. rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 2 maja 2016 r. w sprawie prowadzenia ewidencji stowarzyszeń zwykłych, jej wzoru oraz szczegółowej treści wpisów (Dz. U. poz. 644).

Na podstawie przepisów Prawa o stowarzyszeniach i w oparciu o zasady w nim określone, mogą ponadto być tworzone, zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy, stowarzyszenia międzynarodowe. W prawie międzynarodowym nazwą tą określa się organizacje pozarządowe, które według definicji Organizacji Narodów Zjednoczonych, oznaczają wszelkie organizacje międzynarodowe, które powołano do życia nie na podstawie układu międzynarodowego¹⁰⁶.

Za odrębny rodzaj stowarzyszeń uznaje się dodatkowo stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego. Wyróżnia się również regionalne i lokalne organizacje turystyczne, wobec których w piśmiennictwie funkcjonuje pogląd o ich szczególnym charakterze¹⁰⁷, jednak wskazuje się, iż podmioty tego rodzaju posiadają wszystkie cechy stowarzyszeń wynikające z Prawa o stowarzyszeniach, z uwzględnieniem jednak odrębności wynikających z ustawy z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej¹⁰⁸.

Szczególną kategorią stowarzyszeń były również stowarzyszenia kultury fizycznej, które wprowadziła do polskiego systemu prawnego ustawa z dnia 3 lipca 1984 r. o kulturze fizycznej¹⁰⁹, a następnie ich funkcjonowanie uregulowano w ustawie z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej¹¹⁰. Ostatecznie, ustawą z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym¹¹¹, uchylono przepisy dotyczące takiego rodzaju stowarzyszeń, należy jednak wskazać, że nie ma prawnych przeszkód, aby już istniejące lub tworzone stowarzyszenie określało się jako stowarzyszenie kul-

¹⁰⁶ Na polecenie ONZ, Unia Międzynarodowych Stowarzyszeń prowadzi rejestr organizacji pozarządowych. Rejestr prowadzony jest według kryteriów ustalonych przez Radę Gospodarczo-Społeczną (ECOSOC) i publikowany jest w *Yearbook of International Organizations*, szerzej zob. E. J. Osmańczyk, *Encyklopedia ONZ i stosunków międzynarodowych*, Warszawa 1986, s. 369-370.

¹⁰⁷ Zgodnie z przepisem art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 563), Do tworzenia i działania regionalnych i lokalnych organizacji turystycznych stosuje się przepisy ustawy - Prawo o stowarzyszeniach, z tym że członkiem takich organizacji mogą być osoby fizyczne i osoby prawne, a w szczególności jednostki samorządu terytorialnego oraz organizacje zrzeszające przedsiębiorców z dziedziny turystyki, w tym samorządu gospodarczego i zawodowego, oraz stowarzyszenia działające w tej dziedzinie; nadzór nad tymi organizacjami sprawuje minister właściwy do spraw turystyki; organizacje te mogą prowadzić działalność gospodarczą w rozmiarach służących realizacji ich celów i w przedmiocie określonym w ich statutach. Zgodnie natomiast z art. 4 ust. 3 ustawy, do zadań regionalnych i lokalnych organizacji turystycznych należy: promocja turystyczna obszaru ich działania, wspomaganie funkcjonowania i rozwoju informacji turystycznej, inicjowanie, opiniowanie i wspieranie planów rozwoju i modernizacji infrastruktury turystycznej, współpraca z Polską Organizacją Turystyczną.

¹⁰⁸ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 68.

¹⁰⁹ Dz. U. Nr 34 poz. 181.

¹¹⁰ T.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 226 poz. 1675.

¹¹¹ Dz. U. Nr 155 poz. 1298.

tury fizycznej, jednakże w obecnym stanie prawnym jedynym aktem regulujących ich funkcjonowanie będzie Prawo o stowarzyszeniach¹¹².

Przyjmując za kryterium wyróżniające rodzaj prowadzonej działalności, możliwe jest również wyszczególnienie szeregu innych stowarzyszeń. Przyjmuje się, iż nie tworzą one osobnej kategorii, jednak z uwagi na osoby w nich zrzeszone lub realizowane przez nie cele statutowe, wyposażono takie podmioty w szczególne uprawnienia lub nałożono dodatkowe obowiązki, w związku z czym zasadne wydaje się ich terminologiczne wyodrębnienie¹¹³. W tej grupie stowarzyszeń należy wymienić:

- stowarzyszenia kombatanckie, których funkcjonowanie przewiduje ustawa z dnia 24 stycznia 1991 r. o kombatantach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego¹¹⁴. Zgodnie z art. 6 wskazanej ustawy, stowarzyszenia kombatanckie oznaczają stowarzyszenia lub związki stowarzyszeń działające na podstawie prawa o stowarzyszeniach, zrzeszające kombatantów lub ofiary represji wojennych i okresu powojennego,
- stowarzyszenia obronne oraz stowarzyszenia strzeleckie, które przewidziane są w ustawie z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji¹¹⁵,
- stowarzyszenia posiadające cele polityczne¹¹⁶,
- stowarzyszenia, których cele związane są przedmiotowo z działalnością lotniczą¹¹⁷.

Warto dodatkowo wskazać, iż na poziomie prawa Unii Europejskiej podjęto próby legislacyjne odnośnie do utworzenia osobnej kategorii stowarzyszenia. W dniu 6 marca 1992 r. Komisja Europejska przedstawiła Radzie Unii Europejskiej projekt rozporządzenia o statucie stowarzyszenia europejskiego. Prace nad wskazanym aktem prawnym trwały kilkanaście lat, w ich toku proponowane rozwiązania ewoluowały, jednakże prace okazały się nieefektywne i nie zakończyły się wydaniem rozporządzenia. Propozycje komisji wycofano w marcu 2006 r. z uwagi na trudności w zakresie osiągnięcia kompromisu odnośnie do poszczególnych aspektów funkcjonowania takich podmiotów¹¹⁸. Zgodnie z założeniami rozporzą-

¹¹² P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 69.

¹¹³ P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie...*, *op. cit.*, 55.

¹¹⁴ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 276.

¹¹⁵ T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1839.

¹¹⁶ Zob. art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 173).

¹¹⁷ Zob. art. 55 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1183).

P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 68-69.

¹¹⁸ A. Gawrysiak-Zabłocka [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. III-138.

dzenia, stowarzyszenie europejskie stanowić miało stałą strukturę, której zasadniczym zadaniem byłaby realizacja celów społecznie użytecznych¹¹⁹ lub wspieranie zawodowych i gospodarczych interesów swoich członków¹²⁰.

3.3. Wybrane elementy zdolności prawnej fundacji i stowarzyszeń

3.3.1. Ustanowienie fundacji

Status fundatora mogą posiadać zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne. Ustawa o fundacjach nie wprowadza ograniczeń w zakresie ich obywatelstwa oraz miejsca zamieszkania, nie wymaga również, aby osoby prawne posiadały siedzibę na terytorium Polski. Przepis art. 2 ust. 2 wskazuje jedynie, że siedziba ustanawianej fundacji powinna znajdować się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Analizując zagadnienie uprawnienia osób fizycznych do ustanowienia fundacji należy wskazać, iż w doktrynie zauważalny jest spór odnośnie do możliwości dokonania aktu fundacyjnego przez osoby nieposiadające pełnej zdolności do czynności prawnych, a więc przy wykorzystaniu instytucji przedstawiciela ustawowego. Analogiczne rozbieżności poglądów, sprowadzające się do tożsamej argumentacji swoich stanowisk, występują w przypadku dopuszczalności ustanowienia fundacji przez pełnomocnika. Według H. Ciocha, skuteczne dokonanie aktu fundacyjnego wymaga dysponowania pełną zdolnością do czynności prawnych. Autor uznaje za niedopuszczalne dokonanie aktu fundacyjnego przez przedstawiciela ustawowego. Ponadto stwierdza, iż akt fundacyjny, z uwagi na jego jednostronny oraz osobisty charakter, co wskazuje na pewną analogię do testamentu, nie może być dokonany przez pełnomocnika¹²¹. Uprawnienia do ustanowienia fundacji osobom nieposiadającym pełnej zdolności do czynności prawnych odmawiają również D. Bugajna-Sporczyk oraz I. Janson, wskazując, że decyzja odnośnie do występowania w roli fundatora powinna być decyzją świadomą, w związku z czym nie może być podjęta przez osoby, które nie dysponują pełną zdolnością do czynności prawnych¹²².

¹¹⁹ Ich definicja miała następować w oparciu o przepisy obowiązujące w krajowym porządku prawnym państwa- siedziby stowarzyszenia.

¹²⁰ Szerzej zob. P. Behrens [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M.A. Dausies, Warszawa 1999, s. 533-534.

¹²¹ H. Cioch [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, *op. cit.*, s. 23-24.

¹²² Autorki wskazują jednak, że w przypadku ustanawiania fundacji za pośrednictwem pełnomocnika, przedstawione zastrzeżenia nie występują, szerzej zob. D. Bugajna-Sporczyk, I. Janson [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje...*, *op. cit.*, s. 23-24. Zob. również D. Bugajna-Sporczyk [w:] D. Bugajna-Sporczyk, I. Janson, *Zakładamy ...*, *op. cit.*, s. 17.

Zwolennikiem poglądu odmiennego jest A. Kidyba¹²³, który wskazuje, że w ustawie o fundacjach brak jest przepisu, który wprowadzałby obowiązek osobistego dokonania aktu fundacyjnego. Autor dopuszcza możliwość dokonania tej czynności prawnej przez pełnomocnika, w sytuacji gdy pełnomocnictwo udzielone będzie w formie aktu notarialnego¹²⁴.

Za możliwością ustanowienia fundacji przez pełnomocnika opowiedział się również SN w postanowieniu z dnia 8 grudnia 1992 r.¹²⁵, w którym stwierdził, iż z mocy art. 95 § 1 i 2 KC czynności prawnej można dokonać przez przedstawiciela, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie albo wynikających z właściwości czynności prawnej. Natomiast czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednie dla reprezentowanego. Ustawy znają wiele wyjątków od zasady dopuszczalności dokonania czynności prawnej przez przedstawiciela, wyjątku takiego nie przewiduje jednak ustawa o fundacjach. Za takim poglądem zdaje się przemawiać również to, że zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy, fundator może odstąpić od osobistego ustalenia statutu i upoważnić do jego ustalenia inną osobę fizyczną lub prawną. Również właściwość aktu fundacyjnego, jako czynności prawnej, nie sprzeciwia się dokonaniu go przez przedstawiciela (pełnomocnika) fundatora. Akt fundacyjny jest bowiem jednostronną czynnością prawną, której treść obligatoryjna (wskazanie celu fundacji oraz składników majątkowych przeznaczonych na jego realizację), ze względu na swoją naturę, nie sprzeciwia się dokonaniu tej czynności przez pełnomocnika.

Pogląd wyrażony przez SN, analogicznie argumentowany, wydaje się obecnie przeważać w doktrynie. Wątpliwości natomiast nie budzi kwestia niedopuszczalności ustanowienia fundacji przez przedstawiciela lub pełnomocnika w przypadku, gdy oświadczenie o jej ustanowieniu zawarte jest w testamentie. Zgodnie bowiem z art. 944 KC, sporządzić i odwołać testament może tylko osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Czynności tych nie można dokonać przez przedstawiciela¹²⁶.

Z uwagi na możliwość występowania w roli fundatora przez osoby fizyczne niezależnie od obywatelstwa oraz miejsca zamieszkania, zasadne wydaje się wskazanie w tym miejscu na art. 11. ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne

¹²³ Możliwość ustanowienia fundacji przez pełnomocnika akceptuje również L. Stecki, szerzej zob. L. Stecki, *Fundacja...*, *op. cit.*, s. 59.

¹²⁴ A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Prawo...*, *op. cit.*, s. 20, zob. również A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 759.

¹²⁵ Sygn. akt I CRN 182/92, OSNCP 1993 nr 7-8, poz. 139.

¹²⁶ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 369.

międzynarodowe¹²⁷. Przepis ten wyraża zasadę, iż zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych osoby fizycznej podlegają jej prawu ojczyystemu.

W zakresie uprawnienia do występowania w roli fundatora przez osoby prawne, stwierdzić należy, że brak jest w ustawie o fundacjach przepisu określającego katalog jednostek wyposażonych w takie prawo. Można zatem postawić tezę, że uprawnienie do ustanowienia fundacji, zasadniczo przysługuje wszystkim osobom prawnym, a ewentualne ograniczenia w tym zakresie mogą mieć swoje źródło w przepisach regulujących ustrój danej osoby prawnej lub w jej statucie¹²⁸.

Ustanowienie fundacji przez osoby prawne następuje w drodze powzięcia i wyrażenia woli jej przypisywanej przez właściwy do tego organ. Zgodnie bowiem z art. 38 KC, osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Należy podkreślić, jak słusznie stwierdził SN¹²⁹, iż fundatorem może być osoba prawna, a w żadnym wypadku statusu takiego nie może uzyskać organ osoby prawnej¹³⁰.

Istotne ograniczenie w zakresie zdolności osób prawnych do ustanawiania fundacji wynika z art. 45 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, który stanowi, że ze środków publicznych nie można tworzyć fundacji¹³¹. Zgodnie więc z obecnie obowiązującym stanem prawnym, podstawą prawną do utworzenia fundacji z wykorzystaniem środków publicznych nie może być ustawa o fundacjach¹³².

W celu ustanowienia fundacji prawa prywatnego wymagane jest dokonanie szeregu czynności o charakterze faktycznym oraz prawnym. W pierwszej kolejności fundator lub fundatorzy zobowiązani są do dokonania aktu fundacyjnego, następnie należy sporządzić statut fundacji oraz złożyć wniosek o wpis fundacji do Krajowego Rejestru Sądowego¹³³.

Pojęcie aktu fundacyjnego zdefiniowane jest w art. 3 ust. ustawy o fundacjach, zgodnie z którym stanowi on oświadczenie woli o ustanowieniu fundacji, które wskazuje cel fundacji oraz składniki majątkowe przeznaczone na jego realizację. Wydaje się jednak, iż akt fundacyjny należy utożsamiać z oświadczeniem o zamiarze ustanowienia fundacji, a nie o jej ustanowieniu, bowiem na mocy samego aktu fundacyjnego nie dochodzi do powstania osoby prawnej¹³⁴.

¹²⁷ T.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1792.

¹²⁸ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 370.

¹²⁹ Postanowienie SN z dnia 8 grudnia 1992 r. (sygn. akt I CRN 182/92, OSNCP 1993 nr 7-8, poz. 139).

¹³⁰ H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 60-61.

¹³¹ H. Cioch [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, *op. cit.*, s. 26.

¹³² Szerzej na ten temat zob. rozdział 4 monografii, część poświęcona przesłance uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego w postaci prawa do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

¹³³ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 758.

¹³⁴ H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 51.

Ustawa o fundacjach zastrzega, że akt fundacyjny powinien być złożony w formie aktu notarialnego. Prawidłowe wydaje się stanowisko A. Kidyby, który uznaje akt fundacyjny za czynność prawną o charakterze zobowiązującym, która realizowana jest pod warunkiem zawieszającym¹³⁵. Oznacza to, że na mocy aktu fundacyjnego powstaje zobowiązanie fundatora do przekazania na rzecz fundacji określonego majątku, pod warunkiem jednak, że zostanie ona zarejestrowana. Pociąga to za sobą konsekwencję w postaci dopuszczalnego cofnięcia aktu fundacyjnego, jednak wyłącznie do momentu wpisania fundacji do rejestru, czyli powstania autonomicznej względem fundatora osoby prawnej¹³⁶.

Zgodnie z art. 3 ustawy o fundacjach, dokonanie aktu fundacyjnego może nastąpić w formie czynności prawnej *inter vivos* lub *mortis causa*. Druga ze wskazanych sytuacji polega na ustanowieniu fundacji w testamencie, przy czym ustawa stanowi, iż forma aktu notarialnego nie jest w tym przypadku wymagana. Wydaje się, iż ustawodawca założył, że wystarczającą gwarancją właściwego ustanowienia fundacji przy wykorzystaniu instytucji testamentu stanowi kontrola ważności testamentu, wykonywana przez właściwy sąd¹³⁷.

Zgodnie z art. 927 § 3 KC, fundacja ustanowiona w testamencie przez spadkodawcę może być spadkobiercą, jeżeli zostanie wpisana do rejestru w ciągu dwóch lat od ogłoszenia testamentu. W związku z powyższym przepisem, przyjęć należy, że w przypadku fundacji ustanawianych w drodze testamentu odmiennie kształtuje się kwestia odwołalności aktu fundacyjnego. Przyjąć należy, że dopuszczalne jest cofnięcie oświadczenia woli o przekazaniu środków na fundację wyłącznie przez samego testatora, co oznacza brak prawnej możliwości cofnięcia takiego oświadczenia np. przez jego spadkobierców. Cofnięcie oświadczenia woli nie jest tym samym możliwe po śmierci fundatora¹³⁸.

Do katalogu elementów przedmiotowo istotnych aktu fundacyjnego należy zaliczyć: wolę ustanowienia fundacji, określenie jej celu oraz wskazanie majątku przeznaczanego na jego realizację. Ponadto w praktyce treść aktów fundacyjnych obejmuje dodatkowe elementy, które jednak nie wywierają wpływu w zakresie skuteczności czynności prawnej. Przykładowo mogą to być postanowienia określające nazwę fundacji, dotyczące jej organów czy też regulujące kwestię prowadzenia przez fundację działalności gospodarczej¹³⁹.

Swoboda fundatora w zakresie określenia celu fundacji ograniczona jest przez art. 1 ustawy o fundacjach, zgodnie z którym cele fundacji muszą pozostawać

¹³⁵ Analogiczny pogląd wyraża H. Cioch. Zob. H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 53.

¹³⁶ A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Prawo...*, *op. cit.*, s. 18.

¹³⁷ *Idem.*, s. 18.

¹³⁸ H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 69.

¹³⁹ D. Bugajna-Sporczyk [w:] D. Bugajna-Sporczyk, I. Janson, *Zakładamy...*, *op. cit.*, s. 29.

w zgodzie z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej¹⁴⁰. Wraz z określeniem celu fundacji fundator ma obowiązek wskazać majątek, z wykorzystaniem którego cel zostanie osiągnięty. Zaznaczyć należy, że wydzielenie majątku i przekazanie go fundacji stanowi czynność jednorazową, która posiada charakter nieodwracalny. Oznacza to, że od chwili zarejestrowania fundacji nie jest możliwe wycofanie majątku z fundacji, fundator nie posiada również uprawnienia do rozporządzania takim majątkiem¹⁴¹.

Kolejną czynnością podejmowaną przez fundatora w toku procesu założycielskiego fundacji jest sporządzenie jej statutu. Prawidłowe ustalenie statutu ma fundamentalne znaczenie dla skutecznego ustanowienia oraz efektywnego funkcjonowania fundacji. Stwierdzenie przez sąd zgodności statutu z prawem stanowi warunek sine qua non wydania postanowienia o wpisaniu fundacji do Krajowego Rejestru Sądowego, a tym samym uzyskania przez nią osobowości prawnej. Z chwilą powstania fundacji statut uzyskuje rangę wewnętrznego źródła prawa danej fundacji, którego postanowienia regulują zakres działalności statutowej, sposób funkcjonowania jej organów, a także zasady oraz zakres wykonywania przez fundację działalności gospodarczej¹⁴².

Fundator może odstąpić od osobistego ustalenia statutu i upoważnić do jego ustalenia inną osobę fizyczną lub prawną. Należy zaznaczyć, że w przypadku ustanawiania fundacji w testamencie, w braku ustalenia statutu przez fundatora, przy założeniu, że nie upoważnił do tej czynności innej osoby, odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy księgi IV KC o poleceniu. Oznacza to, że obowiązek sporządzenia statutu ustanawianej fundacji nałożony zostanie na spadkobierców fundatora lub wykonawcę testamentu¹⁴³.

Ustawa o fundacjach określa w przepisie art. 5 treść statutu fundacji, wskazując na obligatoryjne oraz fakultatywne postanowienia statutu. Do elementów statutu, które osoba go sporządzająca ma obowiązek określić zalicza się: nazwę fundacji, jej siedzibę i majątek, cele, zasady, formy i zakres działalności fundacji, skład i organizację zarządu, sposób powoływania oraz obowiązki i uprawnienia tego organu i jego członków. Ponadto statut może zawierać inne postanowienia, w szczególności dotyczące prowadzenia przez fundację działalności gospodarczej, dopuszczalności i warunków jej połączenia z inną fundacją, zmiany celu lub statutu, a także przewidywać tworzenie obok zarządu innych organów fundacji.

¹⁴⁰ H. Cioch [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, *op. cit.*, s. 36.

¹⁴¹ A. Wasilewski, *Prawna problematyka...*, *op. cit.*, nr 9, s. 32.

¹⁴² I. Janson [w:] D. Bugajna-Sporczyk, I. Janson, *Zakładamy fundację*, Warszawa 1996, s. 43.

¹⁴³ B. Niemirka, *Statut fundacji*, Warszawa 1998, s. 6.

Ostatnim etapem procesu ustanawiania fundacji jest jej zarejestrowanie. Fundacje podlegają wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego, do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej. W przypadku, gdy ustanawiana fundacja zamierza wykonywać działalność gospodarczą, podlega dodatkowo obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców¹⁴⁴. Wpis do rejestru ma charakter konstytutywny, co oznacza, że fundacja uzyskuje osobowość prawną dopiero z chwilą skutecznego jej wpisania do KRS.

Wniosek o wpis składany jest do sądu przez samego fundatora lub zarząd fundacji. Wymagane jest załączenie do formularza następujących dokumentów: aktu fundacyjnego, statutu fundacji oraz, jeżeli kwestia ta nie jest ujęta w statucie, oświadczenia fundatora, wskazującego ministra nadzorującego, właściwego ze względu na cel fundacji¹⁴⁵.

Sąd dokonuje wpisu fundacji po stwierdzeniu, że czynności prawne stanowiące podstawę wpisu zostały podjęte przez uprawnioną osobę lub organ i są ważne. Postanowienie o wpisaniu fundacji do Krajowego Rejestru Sądowego sąd wydaje ponadto po stwierdzeniu, że cel i statut fundacji są zgodne z przepisami prawa¹⁴⁶.

3.3.2. Ustrój fundacji

Każda fundacja posiadająca osobowość prawną powinna być wyposażona w odpowiednie organy oraz właściwą dla niej strukturę organizacyjną, co jest niezbędne z punktu widzenia skutecznego funkcjonowania w obrocie prawnym. Z uwagi na charakter osoby prawnej typu zakładowego, od fundacji nie jest wymagane posiadanie rozbudowanej struktury organizacyjnej, tak jak w przypadku korporacji. Zasadniczo struktura organizacyjna fundacji oparta jest na woli fundatora, która znajduje wyraz w akcie fundacyjnym oraz w statucie fundacji¹⁴⁷. Fundator dysponuje w tym zakresie znaczną swobodą, bowiem ustawa o fundacjach wskazuje wyłącznie na jeden organ fundacji, którego ustanowienie jest obligatoryjne. Zgodnie z art. 5 ust. 1 oraz art. 10 ustawy, fundacja obowiązana jest posiadać

¹⁴⁴ Por. art. 50 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym.

¹⁴⁵ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 762.

¹⁴⁶ O wpisaniu fundacji do Krajowego Rejestru Sądowego sąd zawiadamia ministra właściwego ze względu na zakres jego działania oraz cele fundacji oraz właściwego ze względu na siedzibę fundacji starostę, przesyłając jednocześnie statut. Jeżeli jednak cele fundacji wkraczają w zakres działania dwóch lub więcej ministrów, sąd zawiadamia o wpisaniu fundacji do KRS, wraz z przesłaniem statutu, właściwego ministra, z którego zakresem działania wiążą się główne cele fundacji.

¹⁴⁷ H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 85.

zarząd, do którego podstawowych zadań należy kierowanie jej działalnością oraz reprezentacja fundacji na zewnątrz.

Ustawa o fundacjach nie zawiera przepisu regulującego w sposób szczegółowy zakresu kompetencji zarządu, jego składu oraz zasad funkcjonowania. Kwestie te powinny być przedmiotem regulacji statutowej. Potwierdza to art. 5 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym, statut fundacji obligatoryjnie określa m. in. skład i organizację zarządu, sposób powoływania oraz obowiązki i uprawnienia tego organu i jego członków.

Zawarte w art. 10 ustawy o fundacjach pojęcie kierowania działalnością fundacji należy utożsamiać z grupą czynności o charakterze faktycznym, organizatorskim, które w ramach systematyki zdarzeń cywilnoprawnych składają się na tzw. inne czyny, nieposiadające charakteru czynności prawnych. Do przykładowych zadań zarządu, wchodzących w zakres kierowania działalnością fundacji, można zaliczyć: sprawowanie zarządu majątkiem, uchwalanie rocznych planów finansowych fundacji, opracowywanie sprawozdań z jej działalności, organizowanie oraz nadzorowanie wykonywania działalności gospodarczej, przyjmowanie darowizn, spadków oraz zapisów, tworzenie oraz znoszenie jednostek organizacyjnych fundacji oraz ogólne przestrzeganie woli fundatora¹⁴⁸.

Pojęcie reprezentowania fundacji oznacza dokonywanie określonych czynności w stosunkach zewnętrznych. W przypadku zarządu fundacji właściwe wydaje się przyjęcie jako podstawę określania zakresu uprawnień zarządu szerokiego rozumienia pojęcia reprezentacji¹⁴⁹. W takim ujęciu obejmuje ono występowanie w imieniu fundacji zarówno w stosunkach prawnych o charakterze cywilnym, jak również w stosunkach z zakresu prawa administracyjnego, pracy oraz wszelkich innych gałęziach prawa. Taki model reprezentacji przyjmuje więc postać zarówno składania oświadczeń woli, jak i występowania przed organami orzekającymi, składania oświadczeń lub wyjaśnień przed organami państwowymi lub organami jednostek samorządu terytorialnego, ujawniania stanowiska na zewnątrz oraz występowania przed organami nadzorczymi¹⁵⁰.

Zarząd może stanowić jedyny organ fundacji, statut fundacji może przewidywać utworzenie również innych organów fundacji, które mogą mieć różne kompetencje i przyjmować różne nazwy¹⁵¹. Postanowienia statutu w zakresie utworzenia określonego organu o charakterze fakultatywnym powinno wiązać się z właściwym określeniem elementów warunkujących prawidłowe funkcjonowanie fundacji przy wykorzystaniu

¹⁴⁸ A. Kidyba [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, *op. cit.*, s. 220-221.

¹⁴⁹ W ujęciu wąskim reprezentacja ogranicza się do składania oświadczeń woli w stosunkach cywilnoprawnych.

¹⁵⁰ A. Kidyba [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, *op. cit.*, s. 226.

¹⁵¹ Przykładowo: rada fundatorów, rada fundacyjna, rada sponsorów, rada programowa, komisja rewizyjna, dyrektor fundacji.

tworzonej struktury organizacyjnej. Pożądane w tym kontekście jest uwzględnienie w statucie postanowień regulujących w szczególności: nazwę organu, wskazanie jego kompetencji oraz sposobu działania, określenie, kto może uzyskać status członka danego organu, ustalenie ich liczby, wskazanie ich praw i obowiązków, sposobu powoływania oraz odwoływania, czasu trwania kadencji, statut powinien odnosić się do sposobu rozstrzygania sporów kompetencyjnych pomiędzy organami¹⁵².

W przypadku wewnętrznej organizacji fundacji opartej na zarządzie jako jedynym jej organie, przyjęć należy, że dysponuje on pełnią kompetencji uchwałodawczych oraz zarządzająco-reprezentacyjnych. Zakres jego kompetencji może być jednak ograniczony przez podmioty zewnętrzne, w ramach wykonywania czynności w zakresie nadzoru nad daną fundacją¹⁵³. W sytuacji natomiast, gdy obok zarządu funkcjonują w fundacji również inne organy, zasadę stanowi domniemanie kompetencji zarządu. Wiąże się z nią konieczność enumeratywnego wskazania kompetencji tworzonych organów fakultatywnych, przy czym wszelkie uprawnienia i obowiązki niezastrzeżone dla tych organów, objęte są zakresem kompetencji zarządu. Wskazać również należy, że ustawowe przyznanie zarządowi kompetencji do kierowania fundacją oraz jej reprezentacji na zewnątrz pociąga za sobą zakaz przenoszenia takich kompetencji na inny organ. Wskazane uprawnienia mogą jednak ulegać ograniczeniu ze strony innych organów, co może przyjąć postać obowiązku uzyskania ich zgody na dokonanie określonych czynności¹⁵⁴.

Jednym z problemów, jaki pojawił się w praktyce funkcjonowania fundacji jest to zarząd może mieć charakter organu jednoosobowego, czy też stanowi on obligatoryjnie organ kolegialny. Według A. Kidyby, nie ma w tym zakresie ograniczeń i postanowienia statutu mogą określić zarząd zarówno jako organ jednoosobowy, jak i kolegialny¹⁵⁵. Odmienne stanowisko zajmuje H. Cioch, który wskazu-

¹⁵² P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 369.

¹⁵³ Zgodnie z art. 13 ustawy o fundacjach, właściwy minister lub starosta może wystąpić do sądu o uchylenie uchwały zarządu fundacji, pozostającej w rażącej sprzeczności z jej celem albo z postanowieniami statutu fundacji lub z przepisami prawa. Organ ten może jednocześnie zwrócić się do sądu o wstrzymanie wykonania uchwały do czasu rozstrzygnięcia sprawy. Art. 14 natomiast wprowadza możliwość ustanowienia zarządcy przymusowego w stosunku do fundacji, co może mieć miejsce w sytuacji, gdy działanie zarządu fundacji w istotny sposób narusza przepisy prawa lub postanowienia jej statutu albo jest niezgodne z jej celem. Właściwy minister lub starosta, może wyznaczyć odpowiedni termin do usunięcia tych uchybień w działalności zarządu albo może żądać dokonania w wyznaczonym terminie zmiany zarządu fundacji. Po bezskutecznym upływie terminu albo w razie dalszego uporczywego działania zarządu fundacji w sposób niezgodny z prawem, statutem lub celem fundacji, właściwy minister lub starosta może wystąpić do sądu o zawieszenie zarządu fundacji i wyznaczenie zarządcy przymusowego.

¹⁵⁴ A. Kidyba [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, *op. cit.*, s. 221.

¹⁵⁵ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 763.

je, że zarząd jest organem kolegialnym, a jego skład powinien liczyć co najmniej 3 osoby¹⁵⁶. Stanowisko w tym sporze zajął również SN, który w postanowieniu z dnia 8 grudnia 1992 r.¹⁵⁷ stwierdził, że zarząd fundacji jest organem kolegialnym, co wynika z przepisów stanowiących, iż zarząd funkcjonuje w drodze wydawania uchwał. Uchwała natomiast oznacza w języku polskim to, co zostało uchwalone, czyli wyraz woli kompetentnego organu kolegialnego. Wydaje się, iż za prawidłowe należy uznać stanowisko H. Izdebskiego, który kategorycznie nie opowiada się ani za jednoosobową, ani za kolegialną konstrukcją zarządu. Przyjmuje jednak, powołując się na argumentację przyjętą przez SN we wskazanym orzeczeniu, że ze względów praktycznych bardziej właściwy wydaje się zarząd kolegialny. Wskazuje, że na potrzebę kolegialnego charakteru zarządu, może wskazywać również wykładnia funkcjonalna, skoro szerokiemu z reguły zakresowi obowiązków tego organu, na ogół, nie jest w stanie podołać jedna osoba. Autor uznaje za dopuszczalny zarząd jednoosobowy w szczególności w sytuacji, gdy obok niego w fundacji funkcjonują dodatkowe organy, którym statut przyznaje znaczącą część uprawnień¹⁵⁸.

Z obowiązku fundacji do posiadania właściwej struktury organizacyjnej oraz organów należy wyciągnąć wniosek, iż majątek fundacji nie może podlegać zarządowi wykonywanemu przez odrębne osoby prawne lub organy administracji publicznej. Należy jednak wskazać, że inne osoby prawne mogą występować w roli członków organów fundacji. Przykładowo, w sytuacji gdy fundacja ma za zadanie służyć celom realizowanym przez uczelnię publiczną, przy założeniu, że fundator dopuścił taką możliwość w statucie, uczelnia może być członkiem zarządu takiej fundacji. Tym samym funkcję członka zarządu pełniłaby uczelnia wyższa, a rektor występowałby jako jej przedstawiciel¹⁵⁹.

W kontekście organów fundacji wskazać również należy, że w fundacja zamierzająca uzyskać status organizacji pożytku publicznego zobowiązana jest do posiadania wewnętrznego organu kontroli lub nadzoru. Obowiązek taki wynika z art. 20 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, w którym wskazano, iż wymagany organ kontroli lub nadzoru ma charakter kolegialny, przy czym jest odrębny od organu zarządzającego i nie podlega mu w zakresie wykonywania swoich uprawnień kontrolnych lub nadzorczych¹⁶⁰.

¹⁵⁶ H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 85.

¹⁵⁷ Sygn. akt I CRN 182/92, OSNCP 1993 nr 7-8, poz. 139.

¹⁵⁸ H. Izdebski, *Fundacje i Stowarzyszenia. Komentarz...*, *op. cit.*, Łomianki 2000, s. 54

¹⁵⁹ H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 93.

¹⁶⁰ Ustawa wskazuje ponadto, że członkowie organu kontroli lub nadzoru:

– nie mogą być członkami organu zarządzającego ani pozostawać z nimi w związku małżeńskim, we wspólnym pożyciu, w stosunku pokrewieństwa, powinowactwa lub podległości służbowej,

3.3.3. Tworzenie stowarzyszeń

Zakres podmiotowy prawa do utworzenia stowarzyszenia obejmuje przede wszystkim osoby fizyczne, przy czym ustawodawca dokonał podziału takich osób na obywateli polskich¹⁶¹ oraz cudzoziemców¹⁶². Zgodnie z art. 3 ust. 1 Prawa o stowarzyszeniach, prawo tworzenia stowarzyszeń posiadają obywatele polscy, wyposażeni w pełną zdolność do czynności prawnych¹⁶³ oraz niepozbawieni praw publicznych¹⁶⁴. Prawo tworzenia stowarzyszeń na takich samych zasadach

– nie byli skazani prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe,

– mogą otrzymywać z tytułu pełnienia funkcji w takim organie zwrot uzasadnionych kosztów lub wynagrodzenie w wysokości nie wyższej niż przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw ogłoszone przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni.

¹⁶¹ Status obywatela polskiego posiadają osoby określone w ustawie z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1829). Obywatelami polskimi są również osoby, które posiadają obok obywatelstwa polskiego, obywatelstwo lub obywatelstwa innych państw, w myśl bowiem art. 3 ust. 1 wskazanej ustawy, obywatel polski posiadający równocześnie obywatelstwo innego państwa ma wobec Rzeczypospolitej Polskiej takie same prawa i obowiązki jak osoba posiadająca wyłącznie obywatelstwo polskie.

¹⁶² Pojęcie cudzoziemca definiuje art. 3 ustawy 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2094), zgodnie z którym za cudzoziemca uznaje się każdego, kto nie posiada polskiego obywatelstwa. W rozumieniu tego przepisu, za cudzoziemca należy uznawać zarówno osobę, która posiada obywatelstwo innego państwa, jak również tzw. bezpaństwowca.

¹⁶³ Pojęcie zdolności od czynności prawnych określają art. 10-12 KC, zgodnie z którymi pełną zdolność do czynności prawnych nabywa się z chwilą uzyskania pełnoletności, natomiast pełnoletnim jest osoba, która ukończyła lat osiemnaście. Małoletni uzyskuje pełnoletność w drodze zawarcia małżeństwa, której nie traci w razie unieważnienia małżeństwa. Ponadto pełną zdolność do czynności prawnych traci się w przypadku ubezwłasnowolnienia całkowitego lub częściowego.

¹⁶⁴ Pozbawienie praw publicznych stanowi środek karny i zgodnie z art. 40 Kodeksu Karnego (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1600) obejmuje utratę czynnego i biernego prawa wyborczego do organu władzy publicznej, organu samorządu zawodowego lub gospodarczego, utratę prawa do udziału w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości oraz do pełnienia funkcji w organach i instytucjach państwowych i samorządu terytorialnego lub zawodowego, jak również utratę posiadanego stopnia wojskowego i powrót do stopnia szeregowego; pozbawienie praw publicznych obejmuje ponadto utratę orderów, odznaczeń i tytułów honorowych oraz utratę zdolności do ich uzyskania w okresie trwania pozbawienia praw. Szerzej nt. pozbawienia praw publicznych zob. D. Szeleszczuk [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, s. 300 i n.; zob. również T. Bojarski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2012, s. 129 i n.; por. także W. Zalewski [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, Tom II*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 100 i n.. Według E. Dzbeńskiej i M. Sztetkier-Łabuszewskiej, zakaz utworzenia stowarzyszenia przez osoby pozbawione praw publicznych stoi w sprzeczności ze wskazanym przepisem Kodeksu Karnego, ponieważ nie przewiduje on takiego skutku pozbawienia praw publicznych, zob.

jak obywatele polscy przysługuje ponadto cudzoziemcom, którzy posiadają miejsce zamieszkania¹⁶⁵ na terytorium Polski. W przypadku natomiast cudzoziemców zamieszkałych poza terytorium RP, uprawnienie to nie przysługuje¹⁶⁶.

Prawo tworzenia stowarzyszeń zostało wyłączone odnośnie do osób prawnych, które w takich jednostkach mogą posiadać jedynie status członków wspierających¹⁶⁷. Osoby prawne natomiast wyposażone są w prawo do tworzenia związków stowarzyszeń. Zgodnie z art. 22 ust. 1 Prawa o stowarzyszeniach, stowarzyszenia w liczbie co najmniej trzech mogą założyć związek stowarzyszeń. Założycielami i członkami związku mogą być także inne osoby prawne, z tym że osoby prawne mające cele zarobkowe mogą być członkami wspierającymi. Wątpliwości w doktrynie wywołało zagadnienie składu takiego związku, a mianowicie to, czy związek mogą utworzyć wyłącznie „inne” osoby prawne, czy też występuje w tym przypadku obligatoryjne członkostwo stowarzyszeń, obok innego rodzaju osób prawnych. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie wynika już z samej nazwy tworzonej jednostki, tj. związek stowarzyszeń, z czego należy wnioskować, że w skład takiego podmiotu muszą wchodzić stowarzyszenia. Oznacza to, że inne osoby prawne są uprawnione do utworzenia związku tylko i wyłącznie z udziałem podmiotów funkcjonujących w organizacyjno-prawnej formie stowarzyszenia. Należy w tym miejscu wskazać na postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 maja 1994 r.¹⁶⁸, w którym stwierdzono, iż stowarzyszenie ubiegające się o rejestrację, którego członkami założycielami są zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne, nie jest związkiem stowarzyszeń w rozumieniu art. 22 Prawa o stowarzyszeniach¹⁶⁹.

Od wskazanej ogólnej zasady prawo przewiduje wyjątek dotyczący stowarzyszeń jednostek samorządu terytorialnego, bowiem takie stowarzyszenia mogą tworzyć wyłącznie gminy, powiaty oraz województwa. Ustawodawca wykluczył

M. Dzbeńska, M. Sztekier-Łabuszewska [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje i stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 421. Należy zgodzić się z P. Suskim, który powyższy pogląd uznaje za błędny, argumentując, że od środka karnego należy odróżnić prawne konsekwencje skazania, które na podstawie przepisów odrębnych ustaw powiązane są z wydaniem wyroku skazującego lub z orzeczeniem określonego w nim środka karnego lub kary. Przykładowo autor wskazuje, że w przypadku prawomocnego orzeczenia utraty praw publicznych wobec adwokata, zostaje on skreślony z listy adwokatów. Szerzej zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 223.

¹⁶⁵ Zgodnie z art. 25 KC, miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu.

¹⁶⁶ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 117.

¹⁶⁷ Szerzej zob. rozdział 4 monografii, część poświęcona prawu do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

¹⁶⁸ Sygn. akt I ACr 280/94, Przeg. Sąd. (wkładka) 1996, nr 2, poz. 50.

¹⁶⁹ P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie...*, *op. cit.*, 90-91.

możliwość zrzeszania się w takich jednostkach osób fizycznych czy też innych osób prawnych, co oznacza, że tego rodzaju podmioty nie posiadają również prawa do utworzenia tego typu stowarzyszeń. Ponadto należy wskazać, że zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o sporcie, tworzyć związki sportowe mogą kluby sportowe¹⁷⁰, w liczbie co najmniej trzech. Dodatkowo osoby prawne mają prawo utworzenia stowarzyszenia posiadającego status organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi.

Pierwszą czynnością podejmowaną w celu utworzenia stowarzyszenia jest zwołanie zebrania założycielskiego¹⁷¹. Zgodnie z art. 9 Prawa o stowarzyszeniach, minimalna liczba założycieli stowarzyszenia wynosi siedem osób. W przypadku natomiast związku stowarzyszeń, ustawa określa, w art. 22 ust. 1, liczbę założycieli na co najmniej trzy stowarzyszenia¹⁷². Należy w tym miejscu wskazać, iż określona w ustawie minimalna liczba założycieli, stanowi równocześnie minimalną liczbę jego członków i zgodnie z art. 31 ust. 1 pkt 1 Prawa o stowarzyszeniach,

¹⁷⁰ Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o sporcie, klub sportowy działa jako osoba prawna.

¹⁷¹ Może pojawić się pytanie o to czy założyciele, osoby fizyczne, mają obowiązek osobistego uczestnictwa w zebraniu założycieli, czy też dopuszczalne jest złożenie oświadczenia woli o utworzeniu stowarzyszenia przez pełnomocnika. Należy zgodzić się z E. Dzbeńską i M. Sztekier-Łabuszewską, które wskazują, iż nie ma prawnych przeszkód do złożenia takiego oświadczenia przez przedstawiciela (M. Dzbeńska, M. Sztekier-Łabuszewska [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005, s. 426). Takie stanowisko zajął również Sąd Apelacyjny w Warszawie, który w postanowieniu z dnia 17 października 2000 r. (sygn. akt I ACa 119/00, OSA 2001 nr 9, poz. 48) stwierdził, że zgodnie z art. 95 § 1 KC, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela, przy czym czynność taka w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego (art. 95 § 2 KC). Przepisy Prawa o stowarzyszeniach, nie przewidują natomiast wyjątków, o których mowa w art. 95 KC. Ponadto Sąd nie zgodził się ze stwierdzeniem, że „oświadczenie o założeniu stowarzyszenia, z uwagi na właściwość tej czynności prawnej, nie zezwala na złożenie go przez przedstawiciela, tj. posiada ściśle osobisty charakter, jak to ma np. miejsce w sprawach o prawa stanu, które też przewidują pewne wyjątki”. Należy jednak rozważyć jakiego rodzaju pełnomocnictwo jest wymagane oraz w jakiej formie należy go udzielić. Wydaje się, że wymagane w tym przypadku będzie pełnomocnictwo szczególne, co wynika ze specyficznego charakteru oświadczenia woli w przedmiocie utworzenia stowarzyszenia. Powinno w nim być zawarte dokładne wskazanie, do utworzenia jakiego stowarzyszenia pełnomocnik ma umocowanie. Z uwagi na ciężący na sędzie rejestrowym obowiązek dokonania oceny czy założyciele spełniają określone ustawą wymagania oraz związaną z tym konieczność załączenia do wniosku o rejestrację m.in. listy założycieli, zawierającej imiona i nazwiska, datę i miejsce urodzenia, miejsce zamieszkania oraz własnoręczne podpisy założycieli, przyjąć należy, że pełnomocnictwo powinno być udzielone, dla celów dowodowych, w formie pisemnej (P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 120).

¹⁷² P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie...*, *op. cit.*, 92.

stowarzyszenie powinno ulec rozwiązaniu w sytuacji, gdy liczba członków zmniejszyła się poniżej liczby członków wymaganych do jego założenia¹⁷³.

W przypadku stowarzyszeń jednostek samorządu terytorialnego minimalna liczba założycieli ustalona została na analogicznym poziomie, jak przy związkach stowarzyszeń. Zarówno więc dla założenia stowarzyszenia gmin, stowarzyszenia powiatów, jak i stowarzyszenia województw wymaganych jest co najmniej trzech założycieli¹⁷⁴.

Do podstawowych zadań założycieli stowarzyszenia należy sporządzenie i uchwalenie jego statutu¹⁷⁵ oraz wybór komitetu założycielskiego lub władz stowarzyszenia. Obligatoryjne elementy treści statutu określa art. 10 ust. 1 Prawa o stowarzyszeniach, co jednak nie oznacza, że jego założyciele, a później członkowie nie mogą umieścić w nim dodatkowych postanowień¹⁷⁶.

Zasadniczym zadaniem komitetu założycielskiego jest doprowadzenie do utworzenia stowarzyszenia, po czym przestaje on istnieć. Wskazać należy, że skład osobowy komitetu nie musi pokrywać się ze składem późniejszych organów stowarzyszenia. Należy jednak wskazać, że Prawo o stowarzyszeniach ogranicza zakres kompetencji komitetu założycielskiego, zgodnie z art. 12 ustawy, to zarząd jest obowiązany do złożenia do sądu rejestrowego wniosku o rejestrację stowarzyszenia, do którego dołącza się statut, listę założycieli, zawierającą imiona i nazwiska, datę i miejsce urodzenia, miejsce zamieszkania oraz własnoręczne podpisy

¹⁷³ H. Izdebski, *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, Łomianki 2000, s. 112.

¹⁷⁴ Zob. art. 84 ustawy o samorządzie gminnym, art. 75 ustawy o samorządzie powiatowym oraz art. 8b ustawy o samorządzie województwa.

¹⁷⁵ W stosunkach zewnętrznych statut stowarzyszenia pełni funkcję jednego z wyznaczników zdolności prawnej danej jednostki organizacyjnej. Zgodnie bowiem z art. 38 KC, osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Statut określa ustrój, organizację i sposób działania stowarzyszenia (por. art. 35 KC).

¹⁷⁶ Zgodnie ze wskazanym przepisem, statut stowarzyszenia określa w szczególności:

- nazwę stowarzyszenia, odróżniającą je od innych stowarzyszeń, organizacji i instytucji,
- teren działania i siedzibę stowarzyszenia,
- cele i sposoby ich realizacji,
- sposób nabywania i utraty członkostwa, przyczyny utraty członkostwa oraz prawa i obowiązki członków,
- władze stowarzyszenia, tryb dokonywania ich wyboru, uzupełniania składu oraz ich kompetencje,
- sposób reprezentowania stowarzyszenia oraz zaciągania zobowiązań majątkowych, a także warunki ważności jego uchwał,
- sposób uzyskiwania środków finansowych oraz ustanawiania składek członkowskich,
- zasady dokonywania zmian statutu,
- sposób rozwiązania się stowarzyszenia.

Szerzej nt. treści statutu zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 172-189.

założycieli, protokół z wyboru władz stowarzyszenia, a także informację o adresie tymczasowej siedziby stowarzyszenia.

Sąd rejestrowy ma obowiązek niezwłocznego rozpoznania wniosku o zarejestrowanie stowarzyszenia, przy czym rozstrzygnięcie powinno nastąpić nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia wniosku. Odpis wniosku o rejestrację wraz z załącznikami sąd rejestrowy jest zobowiązany doręczyć organowi nadzorującemu. Organ ten ma prawo wypowiedzieć się w sprawie wniosku w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, a także przystąpić, za zgodą sądu, do postępowania jako zainteresowany. W toku postępowania rejestrowego sąd nie jest upoważniony do badania czy utworzenie danego stowarzyszenia jest celowe. Jego działania ograniczają się jedynie do oceny czy zadeklarowane we wniosku cele stowarzyszenia oraz sposoby ich realizacji pozostają w zgodzie z przepisami prawa¹⁷⁷. Sąd rejestrowy odmawia zarejestrowania stowarzyszenia, wyłącznie w sytuacji, gdy nie spełnia ono warunków określonych w Prawie o stowarzyszeniach. Po stwierdzeniu, że statut stowarzyszenia jest zgodny z przepisami prawa, a jego założyciele spełniają wymagania określone ustawą, sąd rejestrowy wydaje postanowienie o zarejestrowaniu stowarzyszenia¹⁷⁸. Wskazać należy, że wpis do Krajowego Rejestru Sądowego ma charakter konstytutywny, co oznacza, że dopiero z chwilą jego dokonania stowarzyszenie uzyskuje osobowość prawną i może rozpocząć działalność¹⁷⁹.

3.3.4. Członkostwo w stowarzyszeniu

Prawo zrzeszania się w stowarzyszeniach¹⁸⁰ przysługuje przede wszystkim osobom fizycznym, w ograniczonym jednak zakresie posiadają je również osoby prawne¹⁸¹. Podmiotowy zakres prawa członkostwa w stowarzyszeniach określa art. 3 ustawy – Prawo o stowarzyszeniach. Zgodnie z tym przepisem, prawo tworzenia stowarzyszeń, przez co należy rozumieć również prawo do członkostwa w takich podmiotach¹⁸², przysługuje przede wszystkim obywatelom polskim mającym pełną zdolność do czynności prawnych i niepozbawionym praw publicznych. Ustawa

¹⁷⁷ Przed wydaniem postanowienia o zarejestrowaniu stowarzyszenia, sąd rejestrowy ma prawo wyznaczyć posiedzenie wyjaśniające, w sytuacji gdy uzna za niezbędne dokonanie dodatkowych ustaleń.

¹⁷⁸ O wpisaniu stowarzyszenia do Krajowego Rejestru Sądowego sąd rejestrowy organ nadzorujący, przesyłając jednocześnie temu organowi odpis postanowienia o wpisie, statut, listę założycieli oraz podjęte uchwały.

¹⁷⁹ Szerzej nt. postępowania rejestrowego zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 126 i n.

¹⁸⁰ Szerzej. zob. M. Bendorf-Bundorf, *Członkostwo w stowarzyszeniu*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2015, nr 28, s. 35-49.

¹⁸¹ Szerzej na temat członkostwa osób prawnych zob. rozdział 4 monografii.

¹⁸² Tak: P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 222.

wskazuje przy tym, że małoletni w wieku od 16 do 18 lat, którzy mają ograniczoną zdolność do czynności prawnych, mogą należeć do stowarzyszeń i korzystać z czynnego i biernego prawa wyborczego, jednak w składzie zarządu stowarzyszenia większość muszą stanowić osoby o pełnej zdolności do czynności prawnych¹⁸³.

W przypadku osób posiadających status cudzoziemcy ustawa różnicuje zakres prawa do zrzeszania się w stowarzyszeniach na podstawie kryterium posiadania miejsca zamieszkania na terytorium Polski. Zgodnie z art. 4 ustawy, w przypadku cudzoziemców posiadających miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obowiązuje zasada swobodnego zrzeszania się w stowarzyszeniach, zgodnie z przepisami obowiązującymi obywateli polskich. W braku wskazanego miejsca zamieszkania, prawo członkostwa w stowarzyszeniu uzależnione jest postanowień statutu konkretnego stowarzyszenia, które muszą przewidywać taką możliwość.

Należy w tym miejscu wskazać, że ograniczenie prawa członkostwa w stowarzyszeniu może wynikać z przepisów ustaw szczególnych. Przykładowo można wskazać na ograniczenia dotyczące: policjantów, żołnierzy w czynnej służbie wojskowej, żołnierzy zawodowych, funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, funkcjonariuszy Biura Ochrony Rządu, funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego, funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego, funkcjonariuszy Służby Więziennej, funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz strażaków pełniących służbę w Państwowej Straży Pożarnej¹⁸⁴.

3.3.5. Organy stowarzyszeń

Zgodnie z art. 38 KC, osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Przepisy Prawa o stowarzyszeniach odnoszące się do organów stowarzyszenia są nieliczne. Ustawa wskazuje jedynie, że najwyższą władzę w stowarzyszeniu stanowi walne zebranie członków oraz wprowadza obowiązek powołania zarządu i organu kontroli wewnętrznej. Obok wskazanych obligatoryjnych organów stowarzyszenia nie ma prawnych przeszkód do powołania organów fakultatywnych, których nazwy oraz zakres kompetencji zależą od woli członków. Uprawnienie takie wynika z art. 2 ust. 2 Prawa o sto-

¹⁸³ Natomiast małoletni poniżej 16 lat mogą, za zgodą przedstawicieli ustawowych, należeć do stowarzyszeń według zasad określonych w ich statutach, bez prawa udziału w głosowaniu na walnych zebraniach członków oraz bez korzystania z czynnego i biernego prawa wyborczego do władz stowarzyszenia. Jeżeli jednak jednostka organizacyjna stowarzyszenia zrzesza wyłącznie małoletnich, mogą oni wybierać i być wybierani do władz tej jednostki.

¹⁸⁴ Szerzej zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 225-229.

warzyszeniach, zgodnie z którym stowarzyszenie samodzielnie określa swoje cele, programy działania i struktury organizacyjne oraz uchwała akty wewnętrzne dotyczące jego działalności. Należy wskazać, iż w stowarzyszeniach o rozbudowanych strukturach i zrzeszających znaczną liczbę członków często występują organy pełniące funkcję sądów koleżeńskich¹⁸⁵.

Najwyższą władzę w stowarzyszeniu stanowi walne zebranie jego członków. Organ ten nie ma charakteru kadencyjnego, ponieważ nie podlega powołaniu. Powstaje on z mocy prawa w chwili zarejestrowania stowarzyszenia, a tworzą go wszyscy członkowie osoby prawnej¹⁸⁶. Walne zebranie członków podejmuje uchwały w najistotniejszych dla stowarzyszenia sprawach, w szczególności do jego kompetencji należy uchwalenie statutu oraz ewentualnych jego zmian, wybór członków zarządu¹⁸⁷ oraz wewnętrznego organu kontroli, podejmowanie uchwał o rozwiązaniu stowarzyszenia¹⁸⁸ oraz decydowanie w przedmiocie przeznaczenia majątku stowarzyszenia po jego likwidacji¹⁸⁹. Prawo o stowarzyszeniach wskazuje dodatkowo, że w sprawach, w których statut nie określa właściwości władz stowarzyszenia, podejmowanie uchwał należy do walnego zebrania członków¹⁹⁰. Obowiązuje więc zasada domniemania kompetencji walnego zebrania, co odbiega od klasycznego wzorca domniemań kompetencyjnych, zgodnie z którym domniemuje się właściwość organu zarządzającego-reprezentującego, a nie organu uchwałodawczego¹⁹¹.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy, statut stowarzyszenia może przewidywać zamiast walnego zebrania członków zebranie delegatów lub zastąpienie walnego zebrania członków zebraniem delegatów, jeżeli liczba członków przekroczy określoną w statucie wielkość. W takich przypadkach statut określa zasady wyboru delegatów i czas trwania ich kadencji. Uzasadnieniem takiego rozwiązania są względy praktyczne, bowiem w stowarzyszeniach zrzeszających dużą liczbę członków zwołanie walnego zebrania byłoby znacznie utrudnione lub nawet niemożliwe¹⁹².

Walne zebranie członków ma charakter organu kolegialnego, a rozstrzygnięcia kwestii należących do jego kompetencji dokonuje w formie uchwał. Przy ich podejmowaniu obowiązuje zasada majoryzacji, co oznacza, że wola większości członków

¹⁸⁵ P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie...*, *op. cit.*, 165.

¹⁸⁶ W sytuacji, gdy członkami stowarzyszenia są osoby prawne, reprezentują je upoważnione do tego organy. P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie...*, *op. cit.*, 167.

¹⁸⁷ Por. art. 30 ust. 2 Prawa o stowarzyszeniach.

¹⁸⁸ Zob. art. 36 Prawa o stowarzyszeniach.

¹⁸⁹ Zob. art. 38 Prawa o stowarzyszeniach.

¹⁹⁰ P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie...*, *op. cit.*, 167-168.

¹⁹¹ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 777-778.

¹⁹² P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 202.

decyduje wbrew woli mniejszości. Postanowienia statutu powinny szczegółowo regulować takie zagadnienia jak kwestie związane z quorum, zasady ustalenia większości głosów niezbędnej do podjęcia uchwały oraz częstotliwość posiedzeń¹⁹³.

Zarząd stanowi obligatoryjny organ stowarzyszenia. Z treści art. 30 ust. 2 Prawa o stowarzyszeniach można wnioskować, że jego wyboru dokonuje walne zgromadzenie członków¹⁹⁴. Określenie ilości członków wchodzących w skład zarządu oraz ustalenie jego kadencji należą do kwestii podlegających regulacji statutu. Do podstawowych kompetencji zarządu należy reprezentacja stowarzyszenia na zewnątrz oraz sprawowanie kierownictwa nad jego bieżącą działalnością¹⁹⁵.

Zasady reprezentacji zarządu podlegają regulacji statutowej, zazwyczaj ma ona charakter reprezentacji kolektywnej, np. prezes zarządu oraz jeden z jego członków. Statut może dodatkowo wprowadzić obowiązek uzyskania zgody innego organu stowarzyszenia w przypadku zaciągania zobowiązań powyżej określonej kwoty. Dane dotyczące organu uprawnionego do reprezentacji stowarzyszenia, zasady reprezentacji oraz dane osób wchodzących w skład zarządu podlegają wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego¹⁹⁶.

W przypadku trwałych lub przejściowych trudności w funkcjonowaniu zarządu stowarzyszenia, zastosowanie może znaleźć art. 42 KC¹⁹⁷. Prawo o stowarzyszeniach wprowadza jednak szczególne uregulowania odnośnie do kuratora stowarzyszenia. Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy, jeżeli stowarzyszenie nie posiada zarządu zdolnego do działań prawnych, sąd, na wniosek organu nadzorującego lub z własnej inicjatywy, ustanawia dla niego kuratora¹⁹⁸. Kurator jest obowiązany do zwołania w okresie nie dłuższym niż 6 miesięcy walnego zebrania członków¹⁹⁹ stowarzyszenia w celu wyboru zarządu. Do czasu wyboru zarządu, kurator reprezentuje stowarzyszenie w sprawach majątkowych wymagających bieżącego załatwienia²⁰⁰.

Kolejnym obligatoryjnym organem stowarzyszenia jest organ kontroli wewnętrznej. Przepis art. 11 ust. 3 Prawa o stowarzyszeniach, który wprowadza obowiązek ustanowienia takiego organu jest jedynym przepisem ustawy, który odnosi się do organu kontroli wewnętrznej. Z uwagi na brak przepisów regulujących zasa-

¹⁹³ A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Prawo...*, *op. cit.*, s. 80.

¹⁹⁴ Ewentualnie zebranie delegatów.

¹⁹⁵ P. Suski, *Stowarzyszenia w prawie...*, *op. cit.*, 168-169.

¹⁹⁶ *Idem*, s. 168-169.

¹⁹⁷ Zgodnie z tym przepisem, jeżeli osoba prawna nie może prowadzić swoich spraw z braku powołanych do tego organów, sąd ustanawia dla niej kuratora, który powinien postarać się niezwłocznie o powołanie organów osoby prawnej, a w razie potrzeby o jej likwidację.

¹⁹⁸ W zestawieniu z art. 42 KC, specyfika regulacji Prawa o stowarzyszeniach polega na wprowadzeniu możliwości ustanowienia kuratora na wniosek organu nadzorującego.

¹⁹⁹ Ewentualnie zebrania delegatów.

²⁰⁰ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 780-781.

dy jego działania, przyjąć należy, iż stanowi to przedmiot regulacji statutu. Zarówno więc nazwa²⁰¹, kompetencje, jak i sposób funkcjonowania, a w szczególności ilość jego członków oraz ich kadencja, zasady podejmowania uchwał oraz relacje do innych organów, powinny być uregulowane w statucie stowarzyszenia. Zakres przedmiotowy kontroli wykonywanej przez omawiany organ dotyczy przede wszystkim przestrzegania postanowień statutu oraz finansów stowarzyszenia²⁰².

Z punktu widzenia prawidłowego funkcjonowania stowarzyszenia istotne jest właściwe uregulowanie wzajemnych relacji oraz zakresu kompetencji pomiędzy organem wewnętrznej kontroli a pozostałymi organami. Prawo o stowarzyszeniach wyraźnie wskazuje, że jest to organ kontroli, a nie organ nadzoru. W praktyce wywołuje to istotne konsekwencje, które wpływają na zakres uprawnień takiego organu. Zasadniczo bowiem nadzór wiąże się z wyposażeniem organu w uprawnienie do wydawania decyzji mających dla podmiotu nadzorowanego charakter wiążący. Czynności kontrolne natomiast ograniczają się jedynie do prawa wglądu w działalność podmiotu poddawanego kontroli oraz ewentualnego żądania określonych informacji oraz wyjaśnień²⁰³.

3.4. Formy współpracy fundacji i stowarzyszeń z organami administracji publicznej

Współpraca pomiędzy sektorem pozarządowym a organami administracji publicznej stanowi wyraz zasady pomocniczości, wskazanej w preambule Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z nią na organach państwowych ciąży obowiązek wykazywania aktywności wyłącznie w tych obszarach, w których organy niższego rzędu, podmioty niepubliczne lub sami obywatele nie są w stanie samodzielnie efektywnie realizować określonych zadań oraz jedynie w zakresie niezbędnym do ich prawidłowej realizacji²⁰⁴.

Dodatkowo należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 19 ustawy o samorządzie gminnym oraz art. 4 ust. 1 pkt 22 ustawy o samorządzie powiatowym, działanie na rzecz podmiotów wliczanych do trzeciego sektora oraz współpraca z takimi podmiotami zaliczane są do zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego.

Ogólne ramy współpracy pomiędzy organami administracji publicznej a fundacjami i stowarzyszeniami²⁰⁵ określa ustawa o działalności pożytku publicznego

²⁰¹ Najczęściej występujące w praktyce nazwy organu pełniącego w stowarzyszeniu funkcje kontrolne to rada rewizyjna, komisja rewizyjna lub zespół kontrolny.

²⁰² A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 779.

²⁰³ A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Prawo...*, *op. cit.*, s. 81.

²⁰⁴ A. Olejniczak [w:] R. Barański, A. Olejniczak, *Fundacje i stowarzyszenia. Współpraca organizacji pozarządowych z administracją publiczną*, Warszawa 2012, s. 183.

²⁰⁵ W szczególności.

i o wolontariacie oraz odpowiednie akty wykonawcze²⁰⁶. Należy jednak wskazać, że regulacje ustawy nie ograniczają możliwości współpracy administracji publicznej z fundacjami lub stowarzyszeniami w oparciu o inne przepisy, w szczególności właściwe dla poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego ustawy ustrojowe²⁰⁷. Dodatkowo ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju²⁰⁸ w art. 28a daje podstawę do zawarcia przez stronę publiczną i stronę pozarządową porozumienia lub umowy partnerskiej, na mocy których odbywać się może realizacja wspólnych projektów partnerskich.

Należy również wskazać, że obok systemu dotacji realizowanego na podstawie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, fundacje i stowarzyszenia mogą uzyskiwać pomoc finansową na podstawie innych przepisów, w szczególności:

- art. 28 ustawy o sporcie, zgodnie z którym, klub sportowy, działający na obszarze określonej jednostki samorządu terytorialnego, niebędący w celu osiągnięcia zysku, może otrzymywać dotację celową z budżetu tej jednostki. Dotacja może być przeznaczona w szczególności na: realizację programów szkolenia sportowego, zakup sprzętu sportowego, pokrycie kosztów organizowania zawodów sportowych lub uczestnictwa w tych zawodach, pokrycie kosztów korzystania z obiektów sportowych dla celów szkolenia sportowego, sfinansowanie stypendiów sportowych i wynagrodzenia kadry szkoleniowej,
- art. 5 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty²⁰⁹. Ustawa przewiduje, że szkoła i placówka może być zakładana i prowadzona przez m.in. przez inną osobę prawną²¹⁰, natomiast prowadzone przez osoby prawne, inne niż jednostki samorządu terytorialnego, gimnazja publiczne, licea publiczne oraz gimnazja niepubliczne otrzymują dotację z budżetu gminy,
- art. 151 ustawy o finansach publicznych, w myśl którego, dysponent części budżetowej może zlecić organizacji pozarządowej realizację swoich zadań

²⁰⁶ Do najważniejszych z nich należą w szczególności: rozporządzenie Przewodniczącego Komitetu do Spraw Pożytku Publicznego z dnia 24 października 2018 r. w sprawie wzorów ofert i ramowych wzorów umów dotyczących realizacji zadań publicznych oraz wzorów sprawozdań z wykonania tych zadań (Dz. U. poz. 2057), rozporządzenie Przewodniczącego Komitetu do Spraw Pożytku Publicznego z dnia 24 października 2018 r. w sprawie Rady Działalności Pożytku Publicznego (Dz. U. poz. 2052).

²⁰⁷ Jako przykład można podać przepisy art. 9 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, art. 6 ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym, art. 8 ust. 1 ustawy o samorządzie województwa. Na podstawie wskazanych regulacji jednostki samorządu mogą zawierać z fundacjami lub stowarzyszeniami (w szczególności) umowy w sprawie wspólnej realizacji zadań.

²⁰⁸ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1307.

²⁰⁹ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1457.

²¹⁰ W tym fundację lub stowarzyszenie.

na podstawie zawartej z tą organizacją umowy, przyznając jednocześnie dotację celową na realizację tych zadań,

- art. 221 ustawy o finansach publicznych, który stanowi, iż podmioty niezależne do sektora finansów publicznych i nie działające w celu osiągnięcia zysku mogą otrzymywać z budżetu jednostki samorządu terytorialnego dotacje celowe na cele publiczne, związane z realizacją zadań tej jednostki, a także na dofinansowanie inwestycji związanych z realizacją tych zadań. Podkreślenia jednak wymaga, że przepis wprowadza zasadę, zgodnie z którą zlecenie zadania i udzielenie dotacji następuje na podstawie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, a jeżeli dotyczy ono innych zadań niż określone w tej ustawie - na podstawie umowy jednostki samorządu terytorialnego z danym podmiotem.

Ponadto organy administracji publicznej mają możliwość zlecenia fundacjom i stowarzyszeniom wykonania zadania publicznego, przy czym wskazać należy, że takie stany faktyczne nie mieszczą się w zakresie współpracy sensu stricto. Do takiego zlecenia może dojść na podstawie takich ustaw jak, w szczególności: ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi²¹¹, ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym²¹², jak również ustawa - Pzp²¹³.

Pomimo wskazanego szeregu aktów prawnych, które mogą stanowić podstawę do współdziałania sektora publicznego z fundacjami i stowarzyszeniami, uzasadniona jest teza, iż w zamyśle ustawodawcy to właśnie ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie stanowić ma podstawowe źródło prawa w zakresie wzajemnych relacji pomiędzy dwoma sektorami. Należy bowiem wskazać, że głównym celem ustawy jest wkomponowanie w polski system prawny działalności organizacji pozarządowych wraz z transparentnym uregulowaniem stosunków pomiędzy organami administracji a takimi organizacjami w sferach, w których realizują swoje zadania²¹⁴.

Zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy, współpraca sektora publicznego i sektora pozarządowego powinna odbywać się na zasadach:

- pomocniczości²¹⁵,

²¹¹ Dz. U. poz. 1920.

²¹² T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1834.

²¹³ A. Olejniczak [w:] R. Barański, A. Olejniczak, *Fundacje i stowarzyszenia...*, op. cit., s. 184.

²¹⁴ D. Bugajna-Sporczyk, I. Janson [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dźbeńska, I. Janson, M. Sztেকier-Łabuszewska, *Fundacje...*, op. cit., s. 201.

²¹⁵ Zgodnie z zasadą pomocniczości, we wszelkich przypadkach, gdy zadanie publiczne może zostać wykonane z wyłączeniem pomocy ze strony administracji publicznej, podmiot publiczny powinien zaniechać ingerencji. Zasada dopuszcza aktywność organów administracji

- suwerenności stron²¹⁶,
- partnerstwa²¹⁷,
- efektywności²¹⁸,
- uczciwej konkurencji²¹⁹,
- jawności²²⁰.

Wskazane zasady znajdują zastosowanie do obu stron współpracy, jednak ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie nie określa sposobu, w jaki należy je interpretować oraz przestrzegać w praktyce²²¹.

Podmiotowy zakres regulowanych w ustawie form współpracy sektora publicznego z sektorem pozarządowym określa art. 5 ust. 1. Wynika z niego obowiązek organów administracji publicznej współpracowania przy wykonywaniu zadań publicznych przede wszystkim z organizacjami pozarządowymi²²², jak również z podmiotami wymienionymi w art. 3 ust. 3²²³, które prowadzą, odpowiednio do

publicznej wyłącznie w sytuacjach, gdy podmioty prywatne samodzielnie nie są w stanie realizować określonego zadania.

²¹⁶ Zasada suwerenności stron polega na wzajemnym respektowaniu odrębności oraz suwerenności obu stron współpracy, jak również zaakceptowaniu prawa do autonomicznego definiowania oraz wyboru sposobu rozwiązywania problemów, w szczególności w zakresie zadań publicznych.

²¹⁷ Zasada partnerstwa zakłada, że w zakresie wykonywania zadań publicznych oraz wypracowywania sposobów zaspokajania społecznych potrzeb powinna obowiązywać możliwie jak najbardziej ścisła współpraca pomiędzy administracją publiczną a organizacjami pozarządowymi.

²¹⁸ W myśl zasady efektywności, wydatkowanie środków publicznych powinno następować w sposób jak najbardziej efektywny. Definiowanie potrzeb społecznych oraz sposobu ich zaspokojenia powinno następować we współpracy obu sektorów, prowadząc do osiągnięcia jak najlepszych efektów w ramach wykonywania zadań publicznych, w tym w drodze zlecenia ich realizacji organizacjom pozarządowym.

²¹⁹ Zasada uczciwej konkurencji nakazuje, aby współpraca prowadzona była na obiektywnych, niedyskryminacyjnych zasadach, w sposób, który nie budzi wątpliwości co do bezstronności przy podejmowaniu działań.

²²⁰ Zgodnie z zasadą jawności wymagane jest podejmowanie wszelkich działań w sposób przejrzysty oraz informowanie o ich przebiegu. Zamiary, cele oraz środki przeznaczone na realizację zadań, które mogą być wykonywane w ramach współpracy powinny być podane do publicznej wiadomości, analogicznie jak informacja o kosztach zadań już wykonywanych w tym zakresie.

²²¹ A. Olejniczak [w:] R. Barański, A. Olejniczak, *Fundacje i stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 91-192.

²²² Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy, pod pojęciem organizacji pozarządowych należy rozumieć, nie działające w celu osiągnięcia zysku, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, w tym fundacje i stowarzyszenia, które nie są zaliczane do kategorii jednostek sektora finansów publicznych, przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego będącymi państwowymi lub samorządowymi osobami prawnymi.

²²³ Zgodnie z tym przepisem, poza organizacjami pozarządowymi, działalność pożytku publicznego mogą prowadzić takie podmioty jak:

terytorialnego zakresu działania organów administracji publicznej, działalność pożytku publicznego w zakresie odpowiadającym zadaniom tych organów. Szczegółowa analiza podmiotowego zakresu ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie wydaje się być zbędna w kontekście niniejszej monografii, z uwagi na fakt, iż ustawa z nazwy wskazuje fundacje i stowarzyszenia jako jedną z dopuszczalnych stron współpracy. Należy jednak wskazać na jedno z ograniczeń w tym zakresie, mianowicie w stosunku do fundacji utworzonych przez partie polityczne wyłączono możliwość korzystania z takich form współpracy jak: powierzenie lub wsparcie wykonania zadania publicznego, uczestnictwo w inicjatywie lokalnej, uczestnictwo w radach działalności pożytku publicznego, uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego i korzystanie z przywilejów z tym związanych. Natomiast odnośnie do drugiej, a więc publicznej strony regulowanych w ustawie stosunków prawnych, należy stwierdzić, że obowiązek podejmowania współpracy z sektorem pozarządowym spoczywa na wszystkich organach administracji publicznej, przy założeniu jednak, że ich działalność mieści się w sferze zadań publicznych. W szczególności można do tej kategorii podmiotów zaliczyć:

- naczelne organy administracji publicznej (będą to przykładowo, Prezydent RP, Prezes i wiceprezes Rady Ministrów, jak również poszczególni ministrowie),
- organy jednostek samorządu terytorialnego i ich związków,
- centralne organy administracji rządowej,
- terenowe organy administracji rządowej (tj. wojewodów czy też kierowników służb zespolonych, straży i inspekcji)²²⁴.

Odnośnie do zakresu przedmiotowego współpracy podejmowanej na podstawie przepisów omawianej ustawy, stwierdzić należy, że dotyczyć ona może szeregu działań, które mieszczą się w sferze zadań publicznych, właściwych dla określonego organu administracji publicznej. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy, działalnością pożytku

– osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, jeżeli ich cele statutowe obejmują prowadzenie działalności pożytku publicznego,

– stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego,

– spółdzielnie socjalne,

– spółki akcyjne i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz kluby sportowe będące spółkami działającymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, które nie działają w celu osiągnięcia zysku oraz przeznaczają całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznaczają zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników.

²²⁴ A. Olejniczak [w:] R. Barański, A. Olejniczak, *Fundacje i stowarzyszenia...*, op. cit., s. 185-186.

publicznego jest działalność społecznie użyteczna, prowadzona przez organizacje pozarządowe w sferze zadań publicznych określonych w ustawie. W przepisie art. 4 ust. 1 znajduje się natomiast katalog rodzajów działalności, które zaliczane są do sfery zadań publicznych i mogą stanowić przedmiot współpracy obu sektorów²²⁵.

Występujące w praktyce formy współpracy sektora publicznego i sektora pozarządowego podzielić można na dwie zasadnicze kategorie, mianowicie formy finansowe oraz formy niefinansowe. Formy współpracy regulowane w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie określa w szczególności jej art. 5²²⁶. Wśród

²²⁵ Zgodnie z tym przepisem, sfera zadań publicznych obejmuje zadania w zakresie: pomocy społecznej, w tym pomocy rodzinom i osobom w trudnej sytuacji życiowej oraz wyrównywania szans tych rodzin i osób; wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej; udzielania nieodpłatnej pomocy prawnej oraz zwiększania świadomości prawnej społeczeństwa; działalności na rzecz integracji i reintegracji zawodowej i społecznej osób zagrożonych wykluczeniem społecznym; działalności charytatywnej; podtrzymywania i upowszechniania tradycji narodowej, pielęgnowania polskości oraz rozwoju świadomości narodowej, obywatelskiej i kulturowej; działalności na rzecz mniejszości narodowych i etnicznych oraz języka regionalnego; działalności na rzecz integracji cudzoziemców; ochrony i promocji zdrowia; działalności na rzecz osób niepełnosprawnych; promocji zatrudnienia i aktywizacji zawodowej osób pozostających bez pracy i zagrożonych zwolnieniem z pracy; działalności na rzecz równych praw kobiet i mężczyzn; działalności na rzecz osób w wieku emerytalnym; działalności wspomagającej rozwój gospodarczy, w tym rozwój przedsiębiorczości; działalności wspomagającej rozwój techniki, wynalazczości i innowacyjności oraz rozpowszechnianie i wdrażanie nowych rozwiązań technicznych w praktyce gospodarczej; działalności wspomagającej rozwój wspólnot i społeczności lokalnych; nauki, szkolnictwa wyższego, edukacji, oświaty i wychowania; działalności na rzecz dzieci i młodzieży, w tym wypoczynku dzieci i młodzieży; kultury, sztuki, ochrony dóbr kultury i dziedzictwa narodowego; wspierania i upowszechniania kultury fizycznej; ekologii i ochrony zwierząt oraz ochrony dziedzictwa przyrodniczego; turystyki i krajoznawstwa; porządku i bezpieczeństwa publicznego; obronności państwa i działalności Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej; upowszechniania i ochrony wolności i praw człowieka oraz swobód obywatelskich, a także działań wspomagających rozwój demokracji; udzielania nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego; ratownictwa i ochrony ludności; pomocy ofiarom katastrof, klęsk żywiołowych, konfliktów zbrojnych i wojen w kraju i za granicą; upowszechniania i ochrony praw konsumentów; działalności na rzecz integracji europejskiej oraz rozwijania kontaktów i współpracy między społeczeństwami; promocji i organizacji wolontariatu; pomocy Polonii i Polakom za granicą; działalności na rzecz kombatanatów i osób represjonowanych; promocji Rzeczypospolitej Polskiej za granicą; działalności na rzecz rodziny, macierzyństwa, rodzicielstwa, upowszechniania i ochrony praw dziecka; przeciwdziałania uzależnieniom i patologiom społecznym; rewitalizacji; działalności na rzecz organizacji pozarządowych oraz innych podmiotów prowadzących działalność pożytku publicznego we wskazanym wyżej zakresie.

²²⁶ Należy bowiem podnieść, że określony w przepisie katalog nie posiada charakteru zamkniętego i współpraca obu sektorów może następować z wykorzystaniem innych metod jej prowadzenia. Dopuszczalne są w szczególności takie środki współpracy jak: zawarcie umowy pomiędzy przedstawicielami obu sektorów w przedmiocie współpracy przy realizacji danego przedsięwzięcia; przekazywanie informacji o możliwych źródłach finansowania działalności wraz z merytorycznym wsparciem przy ubieganiu się o dofinansowanie z innych źródeł; wsparcie organizacji pozarządowych

wskazanych w przepisie metod współdziałania, większość posiada niefinansowy charakter²²⁷, jednak z punktu widzenia tematu niniejszej publikacji, największe znaczenie wykazują finansowe metody współpracy. Zaliczamy do nich przede wszystkim:

- zlecanie realizacji zadań publicznych organizacjom pozarządowym oraz innym podmiotom prowadzącym działalność pożytku publicznego,
- udzielanie przez jednostki samorządu terytorialnego pożyczek, gwarancji, poręczeń organizacjom pozarządowym oraz innym podmiotom prowadzącym działalność pożytku publicznego na realizację zadań w sferze pożytku publicznego,
- zawieranie umów partnerskich²²⁸.

Zlecanie realizacji zadań publicznych jako zadań zleconych w rozumieniu art. 127 ust. 1 pkt 1 lit. e, art. 151 ust. 1 oraz art. 221 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, może przyjmować formy powierzania lub wspierania wykonywania zadań publicznych, wraz z udzieleniem dotacji²²⁹ na finansowanie ich realizacji. Zasadniczo można przyjąć, że system dotowania podmiotów spoza sektora finansów publicznych, stanowi element przyjętej przez określone podmioty sektora publicznego strategii w zakresie realizacji zadań należących do ich właściwości. Szczególnym tego przejawem jest natomiast instrumentalne podejście do dotacji w celu aktywizacji podmiotów zaliczanych do sektora organizacji pozarządowych w ramach realizacji zadań publicznych²³⁰.

w nawiązywaniu współpracy z mediami lub współpracy międzynarodowej. Szerzej zob. A. Olejniczak [w:] R. Barański, A. Olejniczak, *Fundacje i stowarzyszenia...*, op. cit., s. 189-190.

²²⁷ Do określonych w przepisie niefinansowych form współpracy zaliczamy w szczególności: wzajemne informowanie się o planowanych kierunkach działalności; konsultowanie z organizacjami pozarządowymi oraz innymi podmiotami prowadzącymi działalność pożytku publicznego projektów aktów normatywnych w dziedzinach dotyczących działalności statutowej tych organizacji; konsultowanie projektów aktów normatywnych dotyczących sfery zadań publicznych z radami działalności pożytku publicznego, w przypadku ich utworzenia przez właściwe jednostki samorządu terytorialnego; tworzenie wspólnych zespołów o charakterze doradczym i inicjatywnym; umowy o wykonanie inicjatywy lokalnej na zasadach określonych w ustawie.

²²⁸ Na podstawie art. 28a ust. 1 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju oraz porozumień lub umów o partnerstwie określonych w art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1431).

²²⁹ Wskazać należy, że na gruncie ustawy o finansach publicznych, zgodnie z art. 126, dotacje oznaczają podlegające szczególnym zasadom rozliczania środki z budżetu państwa, budżetu jednostek samorządu terytorialnego oraz z państwowych funduszy celowych przeznaczone na podstawie ustawy o finansach publicznych, odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych, na finansowanie lub dofinansowanie realizacji zadań publicznych.

²³⁰ Szerzej zob. A. Walasik, A. Babczuk, A. Talik, *Dotacje z budżetów jednostek samorządu terytorialnego. Planowanie, udzielanie, rozliczanie*, Warszawa 2013, s. 4-5.

3.5. Podsumowanie

Instytucja fundacji nie posiada ustawowej definicji. W doktrynie wskazuje się jednak, że poprzez analizę poszczególnych przepisów ustawy o fundacjach jesteśmy w stanie określić konstytutywne elementy fundacji oraz na ich podstawie stworzyć właściwą definicję tego pojęcia. W tym zakresie najbardziej trafne wydaje się być stanowisko H. Ciocha, który jako najważniejsze cechy fundacji wymienia: charakter jako *sui generis* jednostki organizacyjnej, posiadającej osobowość prawną; istnienie określonego majątku, który pozostaje w ścisłym związku z wyznaczonym przez fundatora celem; cel działalności o charakterze użyteczności społecznej lub gospodarczej; trwałość realizowanych celów²³¹.

Na gruncie polskiego prawa fundacyjnego, fundacje nie stanowią jednolitej kategorii prawnej. Wyczerpujące określenie znaczenia pojęcia fundacji wymaga wyróżnienia poszczególnych kategorii fundacji, powiązanego ze wskazaniem ich cech charakterystycznych. W aspekcie legalnej analizy tej instytucji, najbardziej istotny wydaje się podział fundacji na fundacje prawa prywatnego oraz fundacje prawa publicznego, fundacje samodzielnie i niesamodzielne, a także na fundacje, które w ramach swojego funkcjonowania prowadzą działalność gospodarczą i fundacje, które takiej działalności nie podejmują²³².

W odróżnieniu od pojęcia fundacji, w przypadku pojęcia stowarzyszenia dysponujemy jego legalną definicją. Wydaje się, iż właśnie z uwagi na fakt skonstruowania odpowiedniej definicji przez ustawodawcę mamy do czynienia z istotnym, w zestawieniu z mnogością poglądów odnośnie do pojęcia fundacji, ograniczeniem doktrynalnych rozważań nad istotą stowarzyszenia. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy – Prawo o stowarzyszeniach, pod pojęciem stowarzyszenia należy rozumieć dobrowolne, samorządne oraz trwałe zrzeszenie o celach niezarobkowych.

Ustawa wyróżnia trzy rodzaje stowarzyszeń: stowarzyszenia zarejestrowane, stowarzyszenia zwykłe oraz związki stowarzyszeń. Stowarzyszenia zarejestrowane stanowią podstawową formę zrzeszania się. Ich cechą charakterystyczną jest posiadanie osobowości prawnej. Stowarzyszenia zwykłe uznawane są za uproszczoną formę stowarzyszeń. Podmioty takie nie posiadają osobowości prawnej. Jednak, zgodnie z art. 42 ust. 3 Prawa o stowarzyszeniach, stowarzyszenia zwykłe mogą otrzymywać dotacje na zasadach określonych w odrębnych przepisach. Związki stowarzyszeń mogą założyć stowarzyszenia w liczbie co najmniej trzech. Założycielami i członkami takiego związku mogą być także inne osoby prawne, z tym że osoby prawne mające cele zarobkowe mogą być wyłącznie członkami wspierającymi.

²³¹ H. Cioch, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 31.

²³² *Idem*, s. 35.

W ramach rozważań nad wybranymi elementami zdolności prawnej fundacji i stowarzyszeń, kryterium zakresu prowadzonej analizy stanowiło znaczenie określonych cech ustrojowych dla aktywizacji obowiązku udzielania zamówień publicznych z uwagi na przesłanki podmiotowe. Z tego punktu widzenia, jako bardzo istotne należy ocenić kwestie związane z tworzeniem takich podmiotów, w szczególności zaś zakaz tworzenia fundacji ze środków publicznych oraz występujące wobec osób prawnych ograniczenia w prawie do tworzenia oraz członkostwa w stowarzyszeniach. Nie bez znaczenia dla dalszych rozważań są również zagadnienia związane z ustrojem fundacji i stowarzyszeń.

Ogólne ramy współpracy pomiędzy organami administracji publicznej a fundacjami i stowarzyszeniami określa ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Występujące w praktyce formy współdziałania takich podmiotów podzielić można na dwie zasadnicze kategorie, mianowicie formy finansowe oraz formy niefinansowe. Formy współpracy regulowane w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie określa w szczególności jej art. 5. Wśród wskazanych w przepisie metod współdziałania, większość posiada niefinansowy charakter, jednak z punktu widzenia tematu niniejszej publikacji, największe znaczenie wykazują finansowe metody współpracy. Zaliczamy do nich przede wszystkim: zlecenie realizacji zadań publicznych organizacjom pozarządowym oraz innym podmiotom prowadzącym działalność pożytku publicznego; udzielanie przez jednostki samorządu terytorialnego pożyczek, gwarancji, poręczeń organizacjom pozarządowym oraz innym podmiotom prowadzącym działalność pożytku publicznego na realizację zadań w sferze pożytku publicznego; zawieranie umów partnerskich.

ROZDZIAŁ IV

FUNDACJE I STOWARZYSZENIA JAKO PODMIOT PRAWA PUBLICZNEGO W ROZUMIENIU PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

4.1. Przesłanki uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego

Najważniejszą oraz najczęściej występującą w praktyce podstawę prawną uzyskania przez fundacje lub stowarzyszenia statusu zamawiającego w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych przewiduje art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, który określa legalną definicję podmiotu prawa publicznego. Zgodnie z tym przepisem, obowiązek stosowania ustawy spoczywa na wyposażonych w osobowość prawną podmiotach, które zostały utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, które nie posiadają charakteru przemysłowego ani handlowego. Ustawa wskazuje, że takie podmioty nie mogą działać w zwykłych warunkach rynkowych, a ich celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponoszą strat wynikających z prowadzenia działalności. Objęcie wydatków jednostki obowiązkiem przestrzegania procedur właściwych dla pomiotów sektora publicznego musi być uzasadnione wykazaniem istnienia odpowiedniego stopnia zależności od określonych zamawiających. Status podmiotu prawa publicznego jest bowiem uzależniony od stwierdzenia, że jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub inne podmioty prawa publicznego pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują taki podmiot w ponad 50% lub sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego¹.

Rozszerzenie katalogu podmiotów zobowiązanych do stosowania Prawa zamówień publicznych o kategorię podmiotów prawa publicznego zostało dokonane w ramach transpozycji do polskiego porządku prawnego postanowień dyrektyw

¹ Ustawa wskazuje ponadto na przesłankę posiadania ponad połowy udziałów albo akcji przez podmioty publiczne, jednak z uwagi na oczywisty brak jej zastosowania wobec podmiotów funkcjonujących w formie fundacji lub stowarzyszenia, jej analizę należy uznać za zbędną.

UE. W związku z tym interpretacja znaczenia tego pojęcia oraz analiza poszczególnych przesłanek uznania za podmiot prawa publicznego powinna nastąpić w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie. Dodatkowo na konieczność odwołania się do poglądów Trybunału wskazuje fakt, iż omawiana kategoria zamawiających stanowi *novum* w polskim systemie zamówień publicznych. Pomimo potencjalnej analogii pomiędzy art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp a obowiązującym na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych przepisem art. 4 ust 1 pkt 6, który zobowiązywał do stosowania jej przepisów państwowe i komunalne jednostki organizacyjne oraz jednostki zależne, które wykonywały zadania o charakterze użyteczności publicznej, dokonywana wykładnia powinna następować w oderwaniu od zespołu pojęciowego oraz wypracowanych na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych poglądów doktryny. Ustawodawca w sposób zamierzony zrezygnował bowiem z występującego w dawnym przepisie pojęcia „zadań o charakterze użyteczności publicznej”, wykorzystując w jego miejsce zaimplementowane z dyrektyw pojęcie „zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym”, tym samym niejako nakierowując dokonującego analizy omawianego przepisu na wykładnię pojęcia podmiotu prawa publicznego występującą w ramach szerokiej linii orzeczniczej TSUE². Warto w tym miejscu przytoczyć orzeczenie Trybunału, w którym stwierdził, że pojęcie podmiotu prawa publicznego stanowi autonomiczne pojęcie europejskiego porządku prawnego. W toku ustalania czy konkretny podmiot wypełnia warunki objęcia obowiązkiem przestrzegania dyrektyw zamówieniowych Trybunał bierze co prawda pod uwagę krajowe normy prawa, jednak wyłącznie w celu stwierdzenia czy spełnione są przesłanki przewidziane w dyrektywach³.

4.1.1. Posiadanie osobowości prawnej

W odniesieniu do fundacji i stowarzyszeń, przesłanka wyposażenia jednostki w osobowość prawną wydaje się nie wymagać szczegółowego komentarza, bowiem obie kategorie podmiotów w sposób oczywisty ją spełniają⁴. Zasadniczo, uwaga powinna być poświęcona pozostałym warunkom objęcia takich podmiotów obowiązkiem udzielania zamówień publicznych. Jednakże, wskazanie w definicji podmiotu prawa publicznego obowiązku posiadania osobowości prawnej może stanowić podstawę do interesujących rozważań, w szczególności gdy w toku analizy uwzględną się przepisy regulujące strukturę organizacyjną stowarzyszeń.

² M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2012, s. 54.

³ Orzeczenie ETS w sprawie C-373/00.

⁴ Poza zakresem analizy pozostawione są bowiem stowarzyszenia zwykłe, które zgodnie z art 40 ust. 1 ustawy – Prawo o stowarzyszeniach, nie posiadają osobowości prawnej.

W praktyce funkcjonowania stowarzyszeń występują jednostki o ogólnokrajowym zasięgu działalności i związanej z tym rozbudowanej strukturze. Ustawa – Prawo o stowarzyszeniach, wychodząc naprzeciw potrzebom praktyki, wprost wskazuje na możliwość tworzenia jednostek terenowych stowarzyszeń, określanych w literaturze przedmiotu również jako koła lub oddziały. Zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy, stowarzyszenie może tworzyć terenowe jednostki organizacyjne. W takim przypadku statut stowarzyszenia określa: zasady tworzenia oraz rozwiązania terenowej jednostki organizacyjnej, jej strukturę organizacyjną oraz organy, w tym zarząd, oraz tryb dokonywania ich wyboru lub powoływania. Zasadniczo, tworzony oddział prowadzi działalność na podstawie statutu stowarzyszenia. Jednak, na zasadach i w trybie określonym w statucie stowarzyszenia, oddział może przyjąć regulamin określający szczegółową jego organizację i sposób działania.

Szczególnie interesujący z punktu widzenia omawianego wątku jest przepis art. 10a ust. 3 ustawy, zgodnie z którym jeżeli statut stowarzyszenia tak stanowi, terenowa jednostka organizacyjna może uzyskać osobowość prawną. Przy czym do właściwości statutu należy regulacja takich kwestii jak: warunki, które muszą być spełnione, aby mogła ona uzyskać osobowość prawną, zasady gospodarowania majątkiem, sposób reprezentowania, w szczególności zaciągania zobowiązań majątkowych oraz zawierania umów z członkami jej zarządu, szczegółowe zasady likwidacji. Oddział uzyskuje osobowość prawną i może rozpocząć działalność po wpisie do Krajowego Rejestru Sądowego, co następuje na wniosek zarządu stowarzyszenia.

Ze wskazanych przepisów Prawa o stowarzyszeniach należy wnioskować, że ustawa pozostawia stowarzyszeniom daleko idącą swobodę w zakresie określania trybu powstania jednostek terenowych, wyposażenia ich w osobowość prawną oraz ustalania wzajemnych stosunków pomiędzy tworzoną jednostką a stowarzyszeniem⁵. Tak liberalne podejście ustawodawcy do danego zagadnienia, sprowadzające się do odesłania w zakresie wszelkich szczegółowych regulacji do postanowień statutu, powoduje, że w praktyce może dochodzić do powstania różnorodnych rozwiązań w zakresie wzajemnych relacji. Taki stan implikuje konieczność oceny zagadnienia z punktu widzenia jego potencjalnego wpływu na obowiązek zamówieniowy, zarówno w stosunku do stowarzyszenia głównego, jak i jego oddziału. Potrzebę analizy kumuluje w szczególności wskazany art. 10a ust. 3, pozostawiający statutowi stowarzyszenia możliwość swobodnego określenia czy tworzony oddział posiada osobowość prawną.

W sytuacji, gdy postanowienia statutu przewidują, że oddział stowarzyszenia posiada osobowość prawną następuje zjawisko tzw. podwójnej osobowości prawnej. Przymiot taki posiada bowiem zarówno stowarzyszenie, jak i jednostka

⁵ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 183-185.

zasadniczo stanowiąca element jego struktury organizacyjnej⁶. W świetle prawa cywilnego, utworzony oddział stanowić będzie podmiot odrębny od stowarzyszenia. Wyposażony będzie w zdolność do czynności prawnych, zdolność sądową, jak również własny majątek. Jednak należy zgodzić się z tezą, iż osobowość prawna jednostki terenowej pozostaje w ścisłym związku z bytem stowarzyszenia głównego. Jeżeli bowiem stowarzyszenie ulegnie rozwiązaniu, przyjęć należy, że likwidacji podlega także jego oddział. Tym samym, wraz z wykreśleniem z KRS stowarzyszenia powinno nastąpić wykreślenie z rejestru jego jednostek terenowych. Natomiast w zakresie stosunków wewnętrznych w stowarzyszeniu, taki oddział pozostaje jego częścią, co oznacza, że jest on zobowiązany do realizowania celów działalności określonych w statucie⁷.

Z perspektywy obowiązku udzielania zamówień publicznych, odrębna osobowość prawna jednostki terenowej powoduje, że analiza przesłanek uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego musi być prowadzona oddzielnie dla stowarzyszenia głównego i utworzonych przez nie oddziałów. Należy jednak pamiętać, że obowiązek zamówieniowy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp może powstawać także w sytuacjach, gdy określone przesłanki zależnościowe są spełnione w odniesieniu do innego podmiotu prawa publicznego. Oznacza to, że w przypadku gdy stowarzyszenie samodzielnie posiada status podmiotu prawa publicznego, zasadniczo jednostka terenowa z osobowością prawną nie jest automatycznie objęta tym obowiązkiem zamówieniowym. Jednakże szczególnej analizie należy poddać statutowy system wzajemnych relacji pomiędzy takimi podmiotami i ocenić, czy nie następuje spełnienie przesłanek art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp bezpośrednio w stosunku do jednostki terenowej. Zdaniem autora, istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że w szczególności z uwagi na przesłanki „sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym” lub „prawa do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego”, status podmiotu prawa publicznego posiadany przez stowarzyszenie implikować będzie zamówieniowe ograniczenie swobody kontraktowania przez jego oddział. Podkreślenia wymaga jednak, że w omawianym zakresie nie jesteśmy w stanie wypracować ogólnej reguły. Tym samym, każdorazowe określenie czy oddział stowarzyszenia - zamawiającego, sam będzie posiadał taki status musi opierać się na analizie konkretnego statutu i ocenie jego postanowień w zakresie wzajemnych relacji, z punktu widzenia możliwości wywierania przez zamawiającego wpływu na działalność jednostki terenowej.

⁶ Mechanizm ustanawiania osoby prawnej w strukturze innej osoby prawnej budzi kontrowersje. Postuluje się zmianę tego rozwiązania, argumentując tym, że pozostaje ono w sprzeczności z zasadami funkcjonowania osób prawnych, w szczególności w zakresie podmiotowości prawnej, odrębności majątkowej czy teorii organów. Zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 185.

⁷ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 186-188.

Może się również pojawić pytanie czy oddział posiadający osobowość prawną może uzyskać status podmiotu prawa publicznego w sytuacji, gdy stowarzyszenie główne takiego statusu nie posiada. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że analiza obowiązku zamówieniowego takiego oddziału następuje całkowicie niezależnie od oceny stowarzyszenia, jako odrębnej osoby prawnej. Tym samym istnieje możliwość, że jednostka terenowa samodzielnie spełni przesłanki objęcia obowiązkiem zamówieniowym na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, wykazując stosunki zależnościowe z określonymi przepisami podmiotami, innymi niż stowarzyszenie główne. Możliwa jest również sytuacja, w której stowarzyszenie nie będzie posiadało statusu zamawiającego, jednak z uwagi na jego wzajemne relacje z oddziałem, wystąpi przypadek pośredniczenia przez stowarzyszenie w spełnieniu przesłanek decydujących o obowiązku udzielania zamówień przez jego oddział. Należy bowiem pamiętać, że określone w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp stosunki z podmiotami publicznymi występować mogą przede wszystkim w sposób bezpośredni, jednak do powstania obowiązku zamówieniowego wystarczające ich pośrednie zaistnienie. Przykładowo zatem, można wskazać następujący hipotetyczny stan faktyczny. Stowarzyszenie finansowane jest przez podmioty określone w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, jednak w części mniejszej niż 50% ogólnego budżetu. Następnie część środków uzyskanych z publicznych źródeł przekazuje na rzecz swojej terenowej jednostki organizacyjnej, w przypadku której stanowiąc one będą więcej niż 50% ogólnych źródeł finansowania działalności. W takiej sytuacji, zdaniem autora dochodzi do spełnienia przesłanek określonych w definicji podmiotu prawa publicznego przez jednostkę terenową w formie pośredniego finansowania w ponad 50%.

Możliwa jest również sytuacja, w której status podmiotu prawa publicznego jednostki terenowej wywierać będzie wpływ na obowiązek zamówieniowy stowarzyszenia głównego. Hipotetycznie, w przypadku gdy w określone stowarzyszenie posiada kilka oddziałów - samodzielnych podmiotów prawa publicznego. Jeżeli w statucie stowarzyszenia znajdować się będą postanowienia przyznające jednostkom terenowym określone uprawnienia w zakresie czynnego prawa wyborczego w wyborach do władz stowarzyszenia, tj. zarządu lub organów nadzorczych, zdaniem autora doszłoby do spełnienia przesłanki „prawa do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego” ze strony innych podmiotów prawa publicznego.

Może pojawić się zarzut, że przedstawione rozważania posiadają wyłącznie charakter teoretyczny i są byt daleko idące. Jednak z uwagi na lakoniczne regulacje Prawa o stowarzyszeniach w zakresie wzajemnych relacji pomiędzy stowarzyszeniem a jego oddziałem z osobowością prawną oraz biorąc pod uwagę stopień skomplikowania stanów faktycznych pojawiających się w praktyce trudno jest polemizować z tezą o prawdopodobieństwie wystąpienia takich przykładów. Pod-

sumowując rozważania w tym wątku, należy przypomnieć, że nie jest możliwe wskazanie jednej ogólnej reguły odnośnie do zagadnienia wzajemnego wpływu obowiązku zamówieniowego stowarzyszenia na zamówieniowy status jego oddziału i na odwrót. Kluczem w tym przypadku jest analiza przypadku, czyli sytuacji prawnej konkretnego stowarzyszenia oraz konkretnego oddziału przez pryzmat postanowień statutu regulującego ich wzajemne stosunki.

W sytuacji natomiast, gdy postanowienia statutu określają, iż tworzone jednostki terenowe nie są wyposażone w osobowość prawną, zasadniczo będą one funkcjonować w obrocie prawnym jako jednostki objęte osobowością prawną stowarzyszenia. Na gruncie zamówień publicznych i obowiązku przestrzegania publicznoprawnych procedur wydatkowania środków, oznacza to, że oddział stowarzyszenia będzie w zakresie swojego obowiązku zamówieniowego nierozdzielnie powiązany ze stowarzyszeniem jako osobą prawną. Brak osobowości prawnej w sposób bezwzględny wyłącza możliwość uznania jednostki terenowej za podmiot prawa publicznego, tym samym o obowiązku udzielania zamówień przez oddział będzie decydował zamówieniowy status stowarzyszenia jako całości.

Jednak należy wskazać, że również fakt posiadania jednostek terenowych objętych osobowością prawną stowarzyszenia może wywierać wpływ na zakres obowiązku udzielania zamówień publicznych. W zależności od postanowień statutu w zakresie dotyczącym organizacji i ustroju jednostek terenowych może bowiem wystąpić sytuacja, w której oddział stowarzyszenia będzie posiadał status wyodrębnionej jednostki wyposażonej w samodzielność finansową w rozumieniu art. 32 ust. 5 Pzp⁸. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego posiadająca samodzielność finansową udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się

⁸ Pzp nie definiuje pojęcia „wyodrębnionej jednostki organizacyjnej zamawiającego posiadającej samodzielność finansową”. Zdaniem P. Graneckiego, o wyodrębnieniu w rozumieniu tego przepisu możemy mówić w przypadku jednostek, które zostały organizacyjnie wydzielone w strukturze zamawiającego oraz otrzymują środki na realizację swoich zadań. Wśród szczegółowych warunków wskazuje na: możliwość posiadania przez jednostkę statusu pracodawcy, podmiotowość w zakresie prawa podatkowego, posiadanie odrębnego rachunku bankowego oraz odrębne księgi rachunkowe wraz z odrębnie sporządzanym bilansem. Pojęcie „samodzielności finansowej” podsumowuje stwierdzeniem, że należy je zasadniczo utożsamiać z samodzielnością w uchwalaniu planu finansowego oraz w zakresie wydatkowania środków na realizowane przez daną jednostkę zadania (Szerzej zob. P. Granecki, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 139). Według J. Pieroga, samodzielna finansowo jednostka organizacyjna charakteryzuje się tym, że prowadzi działalność w oparciu o plan finansowy oraz posiada upoważnienie do dysponowania środkami na określone cele, które realizuje kierownik takiej jednostki. Odpowiednie akty prawa wewnętrznego, np. statut, powinny określać zasady dokonywania wydatków przez takie jednostki (szerzej zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2007, s. 145).

odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową. Możliwość odrębnego szacowania wartości zamówień przy zakupach dokonywanych przez poszczególne jednostki organizacyjne może w praktyce wywołać pozytywny dla zamawiających skutek w postaci zwiększenia liczby zamówień w przypadku, których nie zostanie przekroczony próg wartości 30 tys. euro, powyżej którego uaktywnia się obowiązek stosowania przepisów ustawy⁹.

W przypadku podmiotów funkcjonujących w formie fundacji, powyższe zagadnienie prezentuje się w sposób znacznie mniej skomplikowany. Ustawa o fundacjach bowiem nie zawiera regulacji dotyczących tworzenia terenowych jednostek organizacyjnych. Czy zatem przyjąć należy, że fundacje nie mogą tworzyć swoich oddziałów? Wydaje się, że milczenie ustawy w tym zakresie może stanowić podstawę do wniosku, że z uwagi na brak przepisu zakazującego tworzenie jednostek terenowych, dana materia może stać się przedmiotem regulacji statutowych określonej fundacji. Powstaje jednak pytanie, czy analogicznie jak w przypadku stowarzyszeń, statut fundacji może zawierać postanowienia, na podstawie których tworzone oddziały posiadać będą osobowość prawną. Zdaniem autora, z uwagi na brak odpowiednich przepisów ustawy o fundacjach oraz biorąc pod uwagę liczne głosy krytyczne odnośnie do przepisów Prawa o stowarzyszeniach regulujących takie uprawnienie, w przypadku fundacji taka możliwość powinna być wyłączona¹⁰. Przyjąć zatem można, że fundacje mogą tworzyć terenowe jednostki organizacyjne, przy założeniu, że statut przewiduje taką możliwość. Jednak tworzone oddziały funkcjonować będą w ramach jednej osobowości prawnej, tj. osobowości fundacji głównej.

4.1.2. Charakter wykonywanej działalności

W toku ustalania zakresu pojęcia podmiotu prawa publicznego źródło trudności stanowić może przesłanka ustanowienia takich jednostek w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb o powszechnym charakterze, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Podmiot prawa publicznego nie może działać w zwykłych warunkach rynkowych, a jego celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności. Wydawać by się mogło, iż w przypadku

⁹ Wskazane wyłączenie przedmiotowe przewiduje art. 4 pkt 8 Pzp.

¹⁰ Należy bowiem pamiętać o stanowisku wyrażonym przez NSA, który w wyroku z dnia 10 lutego 1994 r. (sygn. akt SA/Po 3045/93, Legalis Nr 38344) stwierdził, iż z uwagi na fakt, że fundacja nie jest organizacją społeczną (stowarzyszeniem) należy wyciągnąć wniosek, iż ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach nie może stanowić tzw. *lex generalis* w stosunku do ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach.

fundacji lub stowarzyszeń przesłanka ta ma charakter oczywisty, a jej spełnianie w sposób bezwarunkowy wynika z istoty społeczno-gospodarczego przeznaczenia takich jednostek. Z uwagi jednak na fakt, iż pojęcie potrzeb o charakterze powszechnym nie jest znane w polskim porządku prawnym, a Prawo zamówień publicznych nie zawiera jego definicji, konieczna wydaje się analiza tej przesłanki obowiązku zamówieniowego. Mogą bowiem powstać wątpliwości czy każda fundacja i każde stowarzyszenie spełniać będzie omawianą przesłankę, pomimo fundamentalnego miejsca takich form organizacyjno-prawnych w tzw. trzecim sektorze.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do celów, dla realizacji których mogą funkcjonować fundacje. Zgodnie z art. 1 ustawy o fundacjach, podmioty takie mogą być ustanawiane w celach społecznie lub gospodarczo użytecznych, przy założeniu ich zgodności z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej. Pojawia się więc pytanie o to, czy w przypadku fundacji, której cele statutowe wykazują wyłącznie charakter gospodarczej użyteczności spełniona będzie przesłanka braku przemysłowego lub handlowego charakteru zaspokajanych przez taką jednostkę potrzeb. Wydaje się, iż przy ustanowieniu przesłanki wyłączającej zaspokajanie przemysłowych lub handlowych potrzeb z zakresu działalności omawianych kategorii podmiotów, zamiarem prawodawcy europejskiego było wskazanie, iż jednostki takie mają działać w celu zaspokajania potrzeb powszechnych, przy czym proces ten nie powinien posiadać cech właściwych dla prowadzenia działalności gospodarczej. Oznacza to, że celem działalności podmiotu prawa publicznego nie powinna być maksymalizacja zysku w toku zaspokajania określonych potrzeb, lecz samo ich zaspokajanie, przy wskazaniu, że wyznaczone cele oraz motywy działania, którymi podmiot się kieruje posiadają charakter inny niż zarobkowy.

W takim ujęciu uznać należy, że fundacje, wobec których przepisy wyraźnie wskazują na niezarobkowy cel działalności jako podstawowy oraz wyłącznie akcesoryjny względem działalności statutowej charakter dopuszczalnej działalności gospodarczej wpisują się w opisane rozumienie pojęcia podmiotu prawa publicznego w kontekście braku przemysłowego lub handlowego charakteru zaspokajanych potrzeb. Nawet w sytuacji, gdy fundacja stawia przed sobą jedynie cele gospodarczo użyteczne, trudno byłoby się zgodzić z tezą, że taki cel implikuje możliwość nieograniczonej możliwości prowadzenia działalności gospodarczej i zrównuje pod tym względem fundacje z innymi formami organizacyjno-prawnymi, które przeznaczone są do prowadzenia działalności przez przedsiębiorców¹¹.

¹¹ Cel gospodarczo użyteczny, np. w postaci wspierania innowacyjności wśród przedsiębiorców lub działania w kierunku rozwoju odnawialnych źródeł energii, nie oznacza tym samym, że fundacja, który taki cel realizuje ma prawną możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w rozmiarach większych niż to wynika z art. 5 ust. 5 ustawy o fundacjach, tj. w rozmiarach służących realizacji jej celów statutowych.

Wydaje się jednak, iż w praktyce jednoznaczne ustalenie spełniania omawianej przesłanki może być problematyczne¹². Należy bowiem podnieść, że czynnikiem wyłączającym uznanie danych potrzeb za posiadające przemysłowy lub handlowy charakter nie może być fakt, iż rynek, w ramach którego są one zaspokajane cechuje się występowaniem konkurencji. Generalnie przyjęć należy, że potrzeby o przemysłowym lub handlowym charakterze zaspokajane są przez podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku przedmiotowo właściwym. Według Trybunału Sprawiedliwości¹³ jednak, fakt, iż daną potrzebę mogą zaspokajać również prywatni przedsiębiorcy, których celem działania jest zysk, nie oznacza automatycznie, że zaspokajana potrzeba posiada przemysłowy lub handlowy charakter. Trudno bowiem wskazać na potrzeby, które w żadnych okolicznościach nie mogłyby być zaspokajane przez podmioty prywatne¹⁴. Zasadniczo, fakt iż dany podmiot prowadzi swoją działalność w warunkach konkurencji powinien być bez znaczenia dla jego statusu zamawiającego. Jednakże Trybunał przyjął¹⁵, że okoliczność występowania znaczącej konkurencji w danym sektorze może stanowić wskazówkę do uznania, iż na danym rynku nie występują potrzeby, odnośnie do których możliwe byłoby stwierdzenie braku przemysłowego lub handlowego charakteru¹⁶.

Przesłanka celu utworzenia podmiotu prawa publicznego budzić może ponadto wątpliwości odnośnie do przynajmniej powszechności zaspokajanych potrzeb, w szczególności w przypadku jednostek funkcjonujących w formie stowarzyszeń. Zgodnie bowiem regulacją ustawy - Prawo o stowarzyszeniach, jedynym ograniczeniem zakresu przedmiotowego celu, dla którego można utworzyć stowarzyszenie jest jego obligatoryjnie niezarobkowy charakter¹⁷. Należy z tego wnioskować, iż ustawodawca nie wymaga, inaczej niż w przypadku fundacji, aby cele stowarzyszenia charakteryzowały się społeczną lub gospodarczą użytecznością. Co więcej, wskazuje on *expressis verbis* w preambule do ustawy, iż społeczno-gospodarcze wykorzystanie instytucji stowarzyszenia może ograniczać się wyłącznie do realizacji indywidualnych zainteresowań. Pojawia się więc pytanie, czy stowarzyszenie, które nie realizuje celów o charakterze społecznie użytecznym i działa wyłącznie

¹² W szczególności z uwagi na fakt, iż podmioty prawa publicznego mogą, obok działalności nastawionej na zaspokajanie zbiorowych potrzeb, prowadzić typową działalność gospodarczą w celu maksymalizacji zysków. Zagadnienie to zostanie omówione w dalszej części publikacji.

¹³ Orzeczenie ETS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96.

¹⁴ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005r.*, Warszawa 2006, s. 116-117.

¹⁵ Orzeczenie ETS w sprawie C-373/00.

¹⁶ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa...*, *op. cit.*, s. 117.

¹⁷ Dodatkowo należy wskazać na art. 58 ust. 2 Konstytucji RP, który delegalizuje zrzeczenia, których cel lub działalność są sprzeczne z Konstytucją lub ustawą.

na rzecz swoich członków może zostać uznane za podmiot prawa publicznego działający w celu zaspokajania powszechnych potrzeb?

Linia orzecznicza Trybunału ukształtowała pojęcie potrzeb o charakterze powszechnym w sposób nakazujący utożsamiać je z potrzebami, których zaspokajanie pozostaje w związku z instytucjonalną działalnością podmiotów publicznych oraz służy ogółowi społeczeństwa. Wyznacznik interpretacyjny powinien stanowić fakt, iż państwo lub jednostki samorządu terytorialnego, kierując się dokonaną wykładnią interesu publicznego, podejmują decyzję o samodzielnym świadczeniu usług w celu zaspokajania analizowanych potrzeb lub uznają za konieczne zachowanie decydującego wpływu na proces ich świadczenia przez podmiot trzeci¹⁸. Przyjąć należy, że bez względu na formę organizacyjno-prawną podmiotu zaspokajającego określone potrzeby, zakresem omawianego pojęcia objęte będą wszelkie zadania uznawane za posiadające w swojej istocie charakter publiczny. Z procesem zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym powinno więc utożsamiać się wszelkie aktywności, które nie są nastawione na zaspokajanie wyłącznie pojedynczego, prywatnego celu. Zgodnie z postanowieniem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 30 maja 2005 r.¹⁹, występujące w legalnej definicji podmiotu prawa publicznego²⁰ słowo „powszechny” należy interpretować nie jako „dostępny dla wszystkich”, lecz w znaczeniu „dostępny dla wielu” lub dla określonych kategorii osób, które spełniają warunki wynikające z odpowiednich przepisów²¹.

Czy zatem stowarzyszenie prowadzące działalność, której krąg destynariuszy ogranicza się wyłącznie do członków danego podmiotu może być uznane za spełniające powszechne potrzeby? Zdaniem autora niniejszej monografii, status podmiotu prawa publicznego takiej jednostki należy uznać za wątpliwy, jednak kategoryczne wyłączenie możliwości uzyskania statusu zamawiającego przez stowarzyszenia o takim zakresie działania jest nieprawidłowe. W szczególności w przypadku stowarzyszeń, które zrzeszają liczne grupy osób oraz pozostają otwarte na nowych członków, może okazać się, że przesłankę powszechności zaspokajanych potrzeb trzeba uznać za spełnioną. Uzasadniona wydaje się teza, iż rozstrzyganie wątpliwości dotyczących charakteru działalności podmiotu powinno każdorazowo odbywać się przez pryzmat stosunku podmiotów publicznych do wykonywanych przez daną jednostkę zadań oraz realizowanych przez nią celów.

¹⁸ Zob. wyrok ETS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 oraz wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96.

¹⁹ Sygn. akt IX Ca 196/05, niepubl.

²⁰ Art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp.

²¹ Opinia prawna UZP „Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE”, dostępna na stronie UZP, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/podmioty-prawa-publicznego-w-swietle-prawa-ue> [dostęp: 01.11.2018 r.].

Wspieranie realizowanych zadań lub posiadanie wpływu na ich wykonywanie przez podmioty publiczne powinno stanowić czynnik rozstrzygający o ich publicznym charakterze. Zasadniczo państwo lub jednostki samorządu terytorialnego nie powinny wykazywać zainteresowania działalnością ograniczającą się jedynie do realizacji celów indywidualnych, które nie charakteryzują się odpowiednim stopniem użyteczności dla społeczeństwa jako ogółu.

Należy jednak postawić pytanie czy przesłanka zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego jest spełniona w przypadku fundacji i stowarzyszeń, których statuty przewidują możliwość prowadzenia działalności gospodarczej. Czy działalność fundacji lub stowarzyszenia, w następstwie wpisania danej jednostki do rejestru przedsiębiorców w KRS, nie uzyskuje przemysłowego lub handlowego charakteru? Pozytywna odpowiedź na to pytanie implikowałaby wyłączenie podmiotu spod zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy. Warto w tym miejscu przedstawić stanowisko Z. Czarnika, jednak już na wstępie zaznaczając, iż trudno je uznać za prawidłowe. Zdaniem autora, przesłankę braku przemysłowego lub handlowego charakteru należy odnosić bezpośrednio do podmiotu, jego formy organizacyjno-prawnej, a nie do rodzaju działalności, jaką ten podmiot wykonuje. Wskazuje on, posługując się przykładem spółki akcyjnej, że fakt posiadania charakteru spółki handlowej powoduje, że wykluczona jest możliwość uznania takiego podmiotu za powołany do realizacji działań nastawionych na zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym²². Zgadzając się ze wskazanym poglądem, należałoby w drodze analogii uznać, że fundacje lub stowarzyszenia, które posiadają status przedsiębiorcy oraz prowadzą działalność nastawioną na zysk nie mogą być uznane za podmiot prawa publicznego. Stanowisko Z. Czarnika wydaje się być wypracowane w drodze analizy omawianego zagadnienia w oderwaniu od orzecznictwa ETS oraz dorobku doktryny europejskiego porządku prawnego, co w tym przypadku, jak to zostało już podkreślone, jest niedopuszczalne i może prowadzić do wniosków w sposób nieprawidłowy oderwanych od siatki pojęciowej europejskiego systemu prawa zamówień publicznych.

W ramach polemiki ze wskazanym poglądem przedstawić należy stanowisko TSUE w tym zakresie. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga fakt, iż zdaniem Trybunału przesłankę braku charakteru komercyjnego lub handlowego odnosić należy nie do samego podmiotu, którego obowiązek zamówieniowy analizujemy, lecz do potrzeb, jakie mają być zaspokajane w wyniku jego działalności²³. Dla uznania za podmiot prawa publicznego nie ma więc znaczenia w jakiej formie organizacyjno-prawnej wystę-

²² Z. Czarnik [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pelczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 70-71.

²³ Orzeczenie ETS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96.

puje dana jednostka oraz czy formalnie posiada status przedsiębiorcy. Za rozstrzygający należy uznać fakt ustanowienia w celu zaspokajania określonych potrzeb, przy czym podkreślić należy, że taki rodzaj działalności nie musi być wyłącznym przedmiotem działalności jednostki. Poza działalnością nastawioną na zaspokajanie powszechnych potrzeb, dopuszczalne jest prowadzenie działalności stricte gospodarczej, której zasadniczym celem jest maksymalizacja zysku, niezależnie od rozmiarów takiej działalności. Dyrektywy zamówieniowe nie wprowadzają bowiem wymogu, aby realizacja zadań w interesie ogólnym stanowiła nadrzędny przedmiot działalności podmiotu²⁴. Trybunał stwierdził²⁵, iż nawet w sytuacji, gdy wyłącznie niewielka część działalności danego podmiotu pozostaje w związku z zaspokajaniem potrzeb o charakterze powszechnym, pozostaje to bez znaczenia dla uznania danej instytucji za utworzoną w konkretnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym. Status prawny zamawiającego pod tym względem pozostaje niezależny od rozmiarów działalności w celach powszechnych i jej udziału w ogólnej działalności danej jednostki²⁶.

W kontekście zagadnienia prowadzenia działalności gospodarczej przez fundację lub stowarzyszenie posiadające status podmiotu prawa publicznego, wskazać należy, że pomimo swobody w tym zakresie, zdaniem Trybunału²⁷ dyrektywy unijne nie wprowadzają rozróżnienia na zamówienia, które udzielane są w celu realizacji zadań w interesie ogólnym, a zakupami nieposiadającymi z nimi związku. Oznacza to, że fundacje lub stowarzyszenia niezależnie od tego czy planowane zamówienie funkcjonalnie związane jest z realizacją zadań statutowych czy też objęte jest zakresem przedmiotowym prowadzonej działalności gospodarczej, zobowiązane są do przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych. W opinii Trybunału²⁸, obowiązek przestrzegania procedur zamówieniowych odnośnie do wszystkich zakupów instytucji prawa publicznego nie podlega wzruszeniu nawet w sytuacji, gdy taki podmiot prowadzi księgowość z zachowaniem jasnego, wewnętrznego podziału pomiędzy działalnością wykonywaną w interesie ogólnym, a działalnością prowadzoną na zasadach rynkowych. Podnieść przy tym należy, że Trybunał uznał za wątpliwą możliwość ustanowienia takiego podziału pomiędzy poszczególnymi rodzajami

²⁴ W orzeczeniu ETS z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96, Trybunał stwierdził, iż wprowadzenie wymogu, aby działalność o charakterze komercyjnym podmiotu prawa publicznego występowała w określonym stosunku do działań nastawionych na realizację potrzeb w interesie ogólnym, trudno pogodzić z zasadą pewności prawa, zgodnie z którą konieczne jest, aby reguły prawa Unii Europejskiej były przejrzyste i jasne dla wszystkich podmiotów objętych zakresem ich zastosowania.

²⁵ Orzeczenie ETS w sprawie C-373/00.

²⁶ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa...*, *op. cit.*, s. 116.

²⁷ Wyrażonego w orzeczeniu w sprawie C-44/96.

²⁸ Orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06.

wykonywanej przez dany podmiot działalności. W szczególności wynika to z okoliczności, iż mamy do czynienia z jedną osobą prawną, która posiada jeden system własności i majątku oraz kierowana i zarządzana jest za pomocą decyzji podejmowanych w jednolity sposób. Dodatkowo źródło trudności w dokonaniu takiego podziału stanowi szereg czynników praktycznych, w szczególności w zakresie kontroli, wstępnej i następczej, całościowego rozdziału pomiędzy danymi dziedzinami działalności oraz zaklasyfikowania konkretnego działania do jednej z nich.

4.1.3. Przesłanki o charakterze zależnościowym

Zgodnie z omawianym przepisem art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, określona jednostka prywatna może zostać zobowiązana do przestrzegania przepisów ustawy przy dokonywaniu wydatków w sytuacji, gdy wykazuje odpowiedni stopień zależności od wskazanych w przepisie podmiotów publicznych. Przesłanki zależnościowe mogą przy tym zostać spełnione przede wszystkim w formie bezpośredniego wystąpienia określonych stosunków, jednakże ustawa dopuszcza wyłącznie pośrednie ich zaistnienie, wskazując, że w określonym łańcuchu zależności może pośredniczyć inny podmiot. Zasadniczo przyjęć należy, że takie rozwiązanie, zawarte w odpowiednich przepisach europejskich dyrektyw zamówieniowych, a w ślad za nimi w naszej krajowej ustawie, ma na celu zapewnienie jak największej szczelności systemu publicznych wydatków²⁹. Prawodawca unijny zastosował tym samym mechanizm regulacji prewencyjnej, wyłączającej możliwość uchylenia się od obowiązku zamówieniowego poprzez kamuflowanie faktycznej zależności jednostki od przedstawicieli sektora publicznego przez wykorzystanie podmiotu trzeciego, pozostającego poza katalogiem jednostek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp³⁰.

4.1.3.1. Finansowanie w przeważającej części przez podmioty publiczne

Pierwszą z form zależności od podmiotów publicznych, od której uzależnione jest uzyskanie statusu zamawiającego przez fundację lub stowarzyszenie na

²⁹ Realizację postulatu szczelności systemu zamówień ogranicza wymóg interpretacji stanów faktycznych przez pryzmat zasady proporcjonalności przy ustalaniu obowiązku zamówieniowego. Nie zawsze bowiem założenie obowiązku udzielania zamówień publicznych, w szczególności w przypadku pośredniego spełnienia przesłanek zależnościowych, można uzasadnić z punktu widzenia funkcji tego systemu. Tak jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości, decydująca powinna być funkcjonalna interpretacja zarówno całego pojęcia podmiotu prawa publicznego, jak również poszczególnych przesłanek uzyskania takiego statusu.

³⁰ Tj. Jednostek sektora finansów publicznych, innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub innych podmiotów prawa publicznego.

podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, jest finansowanie takiego podmiotu w ponad 50% przez jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub przez inne podmioty prawa publicznego. Również odnośnie do danej kwestii konieczne jest odwołanie się do stanowiska ETS, który dokonał szczegółowej analizy wskazanej przesłanki w orzeczeniu w sprawie Cambridge³¹.

Trybunał wskazał, iż nie wszystkie płatności, pochodzące od wskazanych w definicji podmiotu prawa publicznego jednostek, implikują bliski stosunek zależności, który stanowi *ratio legis* wprowadzenia omawianej kategorii zamawiających. Zakresem pojęcia „finansowania ze środków publicznych” w rozumieniu dyrektyw zamówieniowych nie będą w szczególności objęte te płatności, które posiadają charakter wynagrodzenia za świadczone usługi. W przeciwnym bowiem przypadku, przy założeniu, że wszystkie płatności mogą stanowić podstawę do uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego, należałoby dojść do wniosku, iż również wykonawcy zamówień publicznych mogliby zostać na tej podstawie zobowiązani do stosowania procedur ich udzielania. Trybunał uznał, że przekazywane przez instytucje publiczne środki na podstawie komercyjnej, w szczególności jako wynagrodzenie za organizację konferencji, usługi doradcze lub prace badawcze na rzecz instytucji publicznych, nie mogą stanowić podstawy do uznania podmiotu je uzyskującego za podmiot prawa publicznego. Wynika to z faktu, iż w takich przypadkach podmiot publiczny dokonuje płatności w ramach działalności komercyjnej, działając we własnym interesie przekazuje środki, otrzymując świadczenie wzajemne w formie konkretnych usług. Z finansowaniem w ponad 50% będziemy mieli zatem do czynienia wyłącznie w sytuacji przekazywania środków na zasadach wsparcia podmiotu jako całości, przy czym wyłączone powinna być motywacja w postaci interesu ekonomicznego podmiotu dokonującego finansowania.

Definicja podmiotu prawa publicznego, w treści występującej w dyrektywach zamówieniowych, określa przesłankę zależności finansowej od określonych podmiotów publicznych przy użyciu sformułowania „finansowany w przeważającej części”. Kolejna kwestia, do której ustosunkował się ETS w wyroku w sprawie Cambridge dotyczyła zasad wykładni tego zwrotu. Na gruncie ustawy – Pzp zagadnienie to zostało wprost rozstrzygnięte, bowiem ustawodawca posłużył się bardziej konkretnym terminem „finansowania w ponad 50%”. Trybunał doprecyzował treść dyrektyw, wskazując, że publiczne źródła finansowania powinny stanowić więcej niż połowę przychodów w ogólnym budżecie podmiotu.

Pojawia się jednak problem czy uzależnienie obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych wyłącznie od procentowego udziału środków

³¹ Orzeczenie ETS z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98.

publicznych w strukturze finansowania jednostki, bez odniesienia do ogólnych rozmiarów jej działalności, należy uznać za zasadne w kontekście funkcji zamówień publicznych, w szczególności funkcji zapewnienia racjonalności przy wydatkowaniu środków publicznych. Takie podejście do pojęcia podmiotu prawa publicznego może bowiem w praktyce doprowadzić do wystąpienia kontrowersyjnych stanów obowiązku zamówieniowego. Przykładowo w przypadku stowarzyszenia o rocznym budżecie 10 tys. złotych, ustalenie finansowania ze strony innych zamawiających³² w wysokości 6 tys. zł. inicjuje uruchomienie procedur, które mają za zadanie zapewnić racjonalność przy dokonywaniu wydatków ze środków publicznych. Z drugiej natomiast strony, stowarzyszenie prowadzące działalność w znacznie większych rozmiarach, o budżecie 1 mln. złotych, utraci swoją swobodę kontraktowania i zostanie objęte regulacjami Prawa zamówień publicznych dopiero w sytuacji, gdy finansowanie ze środków publicznych przekroczy 500 tys. złotych. Przedstawiony przykład niewątpliwie może budzić kontrowersje i wywoływać pytania o zasadność przepisów określających zakres podmiotowy obowiązku udzielania zamówień publicznych.

Wydaje się jednak, iż wprowadzenie do legalnej definicji podmiotu prawa publicznego dodatkowej przesłanki, która określałaby kwotowo poziom finansowania publicznego uzależniającego status instytucji zamawiającej, należałoby uznać za zbędny zabieg legislacyjny. W obecnym stanie prawnym istnieje bowiem mechanizm, który pośrednio pełni analogiczną funkcję, tj. chroni podmioty prowadzące działalność o małych rozmiarach przed bezzasadną ingerencją regulacji zamówieniowych w ich swobodę kontraktowania. Należy bowiem mieć na uwadze obowiązujące na gruncie Prawa zamówień publicznych wyłączenie obowiązku zamówieniowego o charakterze przedmiotowym w postaci określonego progu wartości zamówienia, po osiągnięciu którego aktywizuje się obowiązek przestrzegania przepisów ustawy. Oznacza to, że podmiot o niskim ogólnym budżecie, nawet w przypadku spełnienia przesłanki finansowania przez określone podmioty w stopniu wyższym niż 50%, w praktyce nie będzie zobowiązany do udzielania zamówień, ponieważ zasadniczo każdorazowo zostanie on zwolniony z tego obowiązku z uwagi na wartość zamówienia nie przekraczającą progu 30 tys. euro. Należy jednak poddać analizie obowiązek zamówieniowy takiego podmiotu, w przypadku gdy uzyska on środki z budżetu UE w ramach dofinansowania projektu. Sam fakt uzyskania dofinansowania nie stanowi wystarczającej przesłanki do objęcia podmiotu obowiązkiem zamówieniowym³³. Z uwagi na brak obowiązku zamówieniowego wyłącznie na podstawie uzyskania środków na dofinansowanie projektu, środki te nie powinny również podlegać ka-

³² Określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1,2 lub 3 Pzp.

³³ Bowiem od dnia 29 stycznia 2010 r. przestał obowiązywać przepis art. 3 ust. 1 pkt 6 Pzp, na którego podstawie taka konsekwencja mogła powstać.

tegoryzacji jako publiczne źródła finansowania i być uwzględniane przy analizie elementów składowych budżetu jednostki – potencjalnego podmiotu prawa publicznego. Taka forma dofinansowania wykazuje bowiem charakter wsparcia incydentalnego, z którym trudno jest powiązać konsekwencje w postaci bliskiej zależności beneficjenta od podmiotu przekazującego środki³⁴. Należy jednak postawić pytanie o sytuację prawną fundacji lub stowarzyszenia, które uzyskało status podmiotu prawa publicznego niezależnie od wskazanego dofinansowania, a które prowadzi działalność w małych rozmiarach. Zasadniczo powinno ono każdorazowo korzystać z wyłączenia przedmiotowego o charakterze kwotowym. Jednak wydatkując środki w ramach danego dofinansowania może wystąpić sytuacja, gdy próg stosowania przepisów ustawy zostanie przez taki podmiot przekroczony, co będzie się wiązało z obowiązkiem przeprowadzenia procedury zamówieniowej na podstawie Pzp.

W przypadku natomiast podmiotu o dużej skali działalności i wysokim budżecie, nawet w przypadku istotnego kwotowo finansowania go przez innych zamawiających, jednak poniżej progu 50% objęcie go obowiązkiem zamówieniowym wydaje się nieuzasadnione. Pomimo, iż potencjalnie może on uzyskiwać wysokie dofinansowanie ze środków publicznych, fakt nieprzekroczenia wskazanego progu stanowi podstawę do uznania, że podmioty publicznie nie posiadają nad nim wymaganej możliwości ingerencji w sposób prowadzenia działalności. Oznacza to, że zasadniczo taki podmiot należy uznać za funkcjonujący swobodnie w obrocie wolnorynkowym i który przy dokonywaniu zakupów nie będzie kierował się innymi niż czysto ekonomiczne kryteriami. Warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko wyrażone przez Adwokata Generalnego w opinii do sprawy Mannesmann³⁵. Wskazał on, iż zasadniczy cel regulacji zamówieniowych w zakresie instytucji podmiotu prawa publicznego, polega na objęciu obowiązkami proceduralnymi podmiotów, które prowadzą działalność w interesie publicznym, w ramach której może wystąpić całkowite lub częściowe wyłączenie logiki gier rynkowych³⁶.

Trybunał ustosunkował się również do kwestii, która w szczególności w przypadku fundacji lub stowarzyszeń prowadzących działalność gospodarczą mogłaby stanowić źródło wątpliwości. Dotyczyła ona kategorii dochodów, jakie należy uwzględniać w toku określania udziału środków pochodzących od podmiotów

³⁴ Zasadniczo należy przyjąć, że występujące w takich przypadkach uprawnienie do nałożenia na beneficjenta obowiązku przestrzegania zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości przy wydatkowaniu środków (na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp) stanowi przejaw ograniczenia swobody kontraktowania, którego zakres uzasadniony jest funkcjami systemu zamówień publicznych. Ograniczenie to pozostaje w proporcjonalnym związku z zakresem koniecznej ochrony interesu publicznego w takich przypadkach.

³⁵ Sprawa C-44/96.

³⁶ A. Sołtyśńska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 77.

publicznych w ogólnym budżecie jednostki. Czy zaliczane powinny być wyłącznie dochody uzyskiwane w związku z prowadzoną działalnością statutową, czy też wymagane jest włączenie do analizowanego budżetu wszelkich dochodów, również tych uzyskanych w ramach działalności komercyjnej? Trybunał jednoznacznie stwierdził, że uwzględniane powinny być wszelkie dochody, w tym środki uzyskane w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Już z samej definicji podmiotu prawa publicznego wynika, że może on być finansowany z innych źródeł³⁷, bez utraty statusu zamawiającego. Przy ustalaniu procentowego udziału środków od podmiotów publicznych bierze się pod uwagę całość budżetu, bez względu na komercyjny czy nie charakter źródeł, z których dochody pochodzą.

4.1.3.1.1. Termin analizy struktury budżetu

Rozważania nad przesłankami uzyskania przez fundacje i stowarzyszenia statusu podmiotu prawa publicznego nie byłyby kompletne bez ustosunkowania się do kwestii terminu, w którym należy dokonywać analizy źródeł finansowania określonego podmiotu. Zagadnienie to wykazuje bowiem szczególne znaczenie z punktu widzenia praktycznego zastosowania przepisów ustawy stanowiących podstawę prawną objęcia fundacji i stowarzyszeń reżimem procedur udzielania zamówień publicznych. Jednoznaczne rozstrzygnięcie tego problemu jest szczególnie istotne w odniesieniu do podmiotów o zmiennej strukturze finansowania, w przypadku których przesłanka ponad 50% publicznych źródeł finansowania działalności stanowi czynnik zmienny w skali roku obrotowego. Przystępując do analizy należy mieć na względzie przede wszystkim postulat zapewnienia jak największej szczelności systemu zamówień publicznych, obejmujący rozwiązania prewencyjne w stosunku do możliwości ominięcia obowiązku zamówieniowego przez fundacje i stowarzyszenia jako potencjalnych zamawiających. Ponadto stawiane tezy powinny pozostawać w zgodzie z wytyczną przejrzystości i pewności przepisów, określając jasno i precyzyjnie obowiązujące w tym zakresie zasady.

Cennym źródłem wiedzy przy prowadzeniu rozważań nad zasadami w zakresie terminu dokonywania analizy źródeł finansowania potencjalnego podmiotu prawa publicznego jest orzecznictwo ETS, w szczególności poglądy wyrażone w przywołanej już sprawie Cambridge³⁸. Jedno z pytań skierowanych przez sąd krajowy do Trybunału wprost odnosiło się do omawianej kwestii. Mianowicie wątpliwości dotyczyły tego, jaki przedział czasowy powinien być brany pod uwagę w toku obliczania

³⁷ Trybunał przytoczył występujące w dyrektywach sformułowanie „finansowany w przeważającej części”.

³⁸ Orzeczenie ETS z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98.

dochodów podmiotu³⁹ dla oceny czy posiada on status podmiotu prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw zamówieniowych. W szczególności natomiast problem odnosił się do kwestii uwzględniania zmian w strukturze dochodów i ich wpływu na obowiązek udzielania zamówień publicznych przez analizowaną jednostkę.

Trybunał w pierwszej kolejności stwierdził, że dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych nie zawierają przepisów, które bezpośrednio odnoszą się do poruszanej kwestii. Następnie, posługując się mechanizmem wnioskowania poprzez analogię, odwołał się do przepisów dyrektyw, regulujących instytucję publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach publicznych. W obowiązującym w czasie wyrokowania stanie prawnym, zamawiający byli zobowiązani do podania do wiadomości w ogłoszeniu o zamówieniu, najszybciej jak to możliwe po rozpoczęciu ich roku budżetowego, przewidywaną całkowitą wartość zamówień, których zamierzali udzielić w ciągu następnych 12 miesięcy⁴⁰. Z tej regulacji wynika zasada, iż instytucja zamawiająca pozostaje objęta obowiązkiem zamówieniowym od początku roku budżetowego przez okres 12 miesięcy. Zdaniem ETS analogiczna zasada powinna znaleźć zastosowanie odnośnie do omawianego zagadnienia. Tym samym, ocena czy określona jednostka posiada status podmiotu prawa publicznego powinna być dokonana w oparciu o analizę elementów składowych jej budżetu na cały rok. W opinii Trybunału, dokonana na początku roku budżetowego kwalifikacja jednostki jako podmiot prawa publicznego pozostaje skuteczna przez okres następnych 12 miesięcy. Ustosunkowując się natomiast do drugiej części pytania, a więc kwestii uwzględniania powstających w ciągu roku zmian w strukturze finansowania, Trybunał wskazał, że dokonywana ocena statusu jednostki z punktu widzenia obowiązku udzielania zamówień publicznych następuje w oparciu o analizę danych finansowych dostępnych na początku roku budżetowego, przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, iż mogą to być dane wyłącznie tymczasowe. Oznacza to, że w opinii ETS teoretyczna utrata statusu podmiotu prawa publicznego w następstwie zmiany struktury budżetu po rozpoczęciu roku budżetowego nie wywiera wpływu na obowiązek zamówieniowy uzyskany na podstawie oceny podmiotu na początku roku.

Dodatkowo, Trybunał określił zasadę wykazującą szczególne znaczenie dla podmiotów występujących w roli wykonawców ubiegających się o określone zamówienie. Stwierdził bowiem, iż podmiot, który został uznany za podlegający pod przepisy dyrektyw zamówieniowych w momencie wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pozostaje zobowiązany do przeprowadzenia całego postępowania zgodnie z przepisami zamówieniowymi, bez względu na

³⁹ Sprawa dotyczyła uniwersytetu.

⁴⁰ Zob. art. 15 ust. 1 dyrektywy 92/50/EWG oraz art. 9 ust. 1 dyrektywy 93/36/EWG.

zaistniałe w jego trakcie zmiany w strukturze źródeł jego finansowania i tym samym ewentualną utratę statusu zamawiającego⁴¹.

Dokonując oceny zasadności przedstawionego stanowiska ETS, w pierwszej kolejności można podnieść, iż regulacja, w oparciu o którą Trybunał zastosował mechanizm wnioskowania analogicznego w obecnym stanie prawnym funkcjonuje w zmodyfikowanej treści. Mianowicie, ówczesny obowiązek instytucji zamawiających do publikacji na początku roku budżetowego ogłoszenia o planowanych w okresie następnych 12 miesięcy zamówieniach, w obecnym stanie prawnym funkcjonuje jedynie w formie czynności fakultatywnej⁴². W konsekwencji może pojawić się zarzut, że dokonane przez Trybunał wnioskowanie analogiczne doznaje uszczerbku na swojej wartości, ponieważ następuje ono w odniesieniu do regulacji, która utraciła obligatoryjny charakter. Brak obowiązku przeprowadzenia na początku roku analizy w zakresie planowanych zamówień i publikacji wstępnego ogłoszenia, pociąga za sobą ryzyko, że jednostki, których obowiązek sporządzenia budżetu lub planu finansowego na dany rok nie wynika z przepisów szczególnych, nie będą takiego planu zamówień sporządzać. Zasada wyrażona przez Trybunał nie utraciła aktualności. Przyjąć bowiem można, że pomimo braku obowiązku publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, w stosunku do jednostek, w przypadku których występuje uzasadnione podejrzenie kwalifikacji jako zamawiający, dokonywanie analizy źródeł finansowania na początku roku powinno być regułą.

Jednakże przedstawiona powyżej argumentacja nie rozwiązuje kwestii budzącej największe wątpliwości. Zasada dokonywania analizy budżetu jednostki na początku roku, przy założeniu, że raz dokonana ocena podmiotu pozostaje skuteczna przez okres 12 miesięcy, wydaje się zasługiwać na negatywną ocenę. Rozwiązanie, w myśl którego zmiany w strukturze finansowania następujące w ciągu roku nie posiadają wpływu na obowiązek udzielania zamówień publicznych należy uznać za wadliwe, z jednej strony z uwagi na postulat szczelności systemu zamówień publicznych, z drugiej natomiast w związku z funkcjonalną wykładnią obowiązku zamówieniowego. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której określony podmiot dokonując z początkiem roku analizy swojego budżetu ustala, iż nie spełnia przesłanek objęcia obowiązkiem zamówieniowym, po czym w trakcie roku dochodzi do zmiany w strukturze źródeł jego finansowania, w wyniku której następuje spełnienie przesłanki ponad 50% finansowania ze strony publicznych podmiotów. Zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez Trybunał, podmiot taki byłby zwolniony z obowiązku dokonywania wydatków w trybach zamówieniowych, na podstawie dokonanej na początku roku oceny swojego statusu prawno-zamówieniowego.

⁴¹ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa...*, *op. cit.*, s. 79-80.

⁴² Zob. art. 48 dyrektywy 2014/24/UE.

W konsekwencji, podmiot faktycznie wypełniający warunki objęcia obowiązkiem zamówieniowym, dokonywałby wydatków z pominięciem procedur udzielania zamówień. Możliwa jest również sytuacja odwrotna, mianowicie kwalifikacja danej jednostki na początku roku jako podmiot prawa publicznego i następnie wygaśnięcie przesłanki ponad 50% publicznych źródeł finansowania przed upływem 12 miesięcy. Podmiot taki byłby zobowiązany do przestrzegania przepisów Prawa zamówień publicznych do końca terminu skuteczności dokonanej oceny, pomimo że faktycznie nie wypełnia przesłanek objęcia obowiązkiem zamówieniowym. Z punktu widzenia funkcji zamówień publicznych byłaby to sytuacja trudna do uzasadnienia.

Przedstawione powyżej rozważania posiadają największe znaczenie w odniesieniu do podmiotów, które nie mają prawnego obowiązku sporządzania budżetu lub planu finansowego na cały rok, w szczególności do fundacji i stowarzyszeń. Podmioty takie często prowadzą swoją działalność w braku przyszłościowego określenia bilansu swoich przychodów i rozchodów, funkcjonując nierzadko w stanie niewiedzy odnośnie do źródeł swoich dochodów w perspektywie kilku miesięcy.

Może pojawić się argument, aby w przypadku fundacji i stowarzyszeń za podstawę oceny jednostki z punktu widzenia statusu podmiotu prawa publicznego przyjąć, w miejsce budżetu lub planu finansowego, sprawozdanie finansowe za rok poprzedni⁴³. Jest to rozwiązanie, które można uznać za uzasadnione z punktu widzenia postulatu pewności prawa jednak nie wpływa ono pozytywnie na rozwiązanie problemu potencjalnych rozbieżności⁴⁴ pomiędzy formalnym uznaniem za podmiot prawa publicznego a faktycznym spełnianiem przesłanek objęcia obowiązkiem zamówieniowym wraz z funkcjonalną potrzebą objęcia takim obowiązkiem. Również przy takim podejściu, aktualny pozostaje zarzut, że oceny statusu podmiotu dokonuje się wyłącznie raz do roku, przy czym praktycznie wyłączona jest możliwość uwzględniania powstających na bieżąco zmian w źródłach dochodów. Co więcej, wydaje się, że ocena podmiotu przez pryzmat obowiązku zamówieniowego na podstawie danych za zeszły rok pociąga za sobą jeszcze większe ryzyko błędnej i nieuzasadnionej kwalifikacji podmiotu jako zamawiającego.

Wydaje się, że rozwiązaniem, które zapewniałoby jak największą szczelność systemu zamówień oraz czyniłoby zadość wymogom pełnej i zgodnej z zasadą proporcjonalności realizacji funkcji zamówień publicznych byłaby zasada bieżącej analizy źródeł finansowania jednostki-potencjalnego podmiotu prawa publicznego. W praktyce przyjęcie takiej zasady oznaczałoby obligatoryjną analizę źródeł finansowania jednostki każdorazowo przed dokonaniem zakupu, który z uwagi na ce-

⁴³ Obowiązek sprawozdawczy fundacji i stowarzyszeń przewiduje ustawa z dnia 30 stycznia 2013 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 395).

⁴⁴ Powstających w następstwie zmian w źródłach finansowania fundacji lub stowarzyszenia.

chy przedmiotowe, w szczególności jego wartość, kwalifikuje się jako zamówienie publiczne. Analogicznie więc jak w przypadku obowiązku szacowania wartości zamówienia dokonywanego w celu ustalenia obowiązku stosowania przepisów ustawy do danego zakupu, podmioty o zmiennej strukturze źródeł dochodów powinny przeprowadzać analizę swojego budżetu w celu ustalenia podmiotowego obowiązku zamówieniowego. Proponowane rozwiązanie może budzić wątpliwości, wynikające w szczególności z ryzyka omijania przepisów zamówieniowych poprzez dokonywanie zakupów o wartości powyżej 30 tys. euro wyłącznie w okresach „korzystnej”, a więc wyłączającej obowiązek zamówieniowy, struktury budżetu. Jednakże przedstawiona propozycja, w zestawieniu z zasadą opisaną przez Trybunał, wydaje się być bardziej efektywną z punktu widzenia postulatu szczelności systemu zamówień publicznych. Ponadto można podnieść, że opisane ryzyko występować będzie wyłącznie w przypadku jednostek, których budżet w zakresie proporcji publicznych i prywatnych źródeł podlega częstym zmianom. Teoretycznie, spora grupa fundacji i stowarzyszeń będzie mogła funkcjonować w oparciu o analizę dokonywaną raz na rok, przy uwzględnieniu jednak obowiązku jej rewizji w przypadkach nadzwyczajnych zmian w źródłach finansowania następujących w trakcie roku obrotowego. Szczególnie istotna przy takim rozwiązaniu pozostaje wskazana przez Trybunał zasada, że podmiot, który w chwili wszczęcia postępowania w sprawie zamówienia publicznego posiada status zamawiającego, pozostaje objęty obowiązkiem zamówieniowym aż do momentu jego zakończenia zgodnie z przepisami ustawy. Można w tym miejscu wskazać, że pośrednio funkcję prewencyjną odnośnie do omijania przepisów zamówieniowych, będą w takich przypadkach wypełniać bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy regulujące kwestie unieważnienia postępowania zamówieniowego. Mianowicie, art. 93 Pzp określa zamknięty katalog przesłanek dopuszczalności unieważnienia wszczętego postępowania bez konieczności zawarcia umowy z wykonawcą. Z związku z tą regulacją podmioty objęte obowiązkiem zamówieniowym w chwili wszczęcia postępowania, w przypadku utraty w jego toku statusu podmiotu prawa publicznego posiadać będą ograniczoną możliwość uniknięcia zakupu zgodnie z prawem zamówień w drodze unieważnienia prowadzonej procedury i następnie zakupu poza ustawą.

4.1.3.1.2. Środki z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych

W praktyce funkcjonowania fundacji i stowarzyszeń mogą powstać wątpliwości interpretacyjne w związku z formami finansowego wsparcia organizacji pożytku publicznego, przewidzianymi w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Oceniając sytuację prawną fundacji lub stowarzyszenia w kontekście posiadania przez dany podmiot statusu podmiotu prawa publicznego, może zająć

potrzeba odpowiedzi na pytanie, czy środki uzyskane w ramach odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych należy ocenić jako publiczne źródła finansowania, w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Czy fundacja lub stowarzyszenie, posiadające status organizacji pożytku publicznego, może w następstwie uzyskania wskazanego wsparcia finansowego przekroczyć próg 50% finansowania ze strony określonych w przepisach podmiotów publicznych i tym samym uzyskać status zamawiającego?

Kluczowym czynnikiem dla oceny takich stanów faktycznych z perspektywy praktycznego zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, jest charakter finansowania, od którego uzależnione jest powstanie obowiązku zamówieniowego na tej podstawie prawnej. Jak to zostało już wykazane, uzyskanie statusu podmiotu prawa publicznego pozostaje w immanentnym związku z przekazywaniem na rzecz podmiotu prywatnego środków finansowych, w następstwie którego dochodzi do powstania stosunku bliskiej zależności beneficjenta środków od podmiotów publicznych, od których środki pochodzą. Oznacza to, że konieczne jest przeanalizowanie zasad oraz trybu dokonywania odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych⁴⁵.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych może⁴⁶ przekazać 1% podatku⁴⁷ na rzecz wybranej przez siebie organizacji pożytku publicznego. Istotne przy tym jest, iż mechanizm przekazania środków opiera się na zasadzie autonomii po stronie osoby fizycznej dokonującej odpisu. Przede wszystkim, dokonanie odpisu 1% podatku ma charakter wyłącznie fakultatywny. Oznacza to, że sama decyzja o przekazaniu środków, jak również wybór organizacji pożytku publicznego, na której rzecz nastąpi odpis, pozostają całkowicie w gestii podatnika. Dodatkowo podniesienia wymaga, iż brak jest po stronie organizacji prawnych możliwości uzyskania środków finansowych z pominięciem odpowiedniego wyrażenia woli osoby fizycznej. Taka konstrukcja instytucji przekazania części należnego podatku powoduje, że organizacja pożytku publicznego, pomimo uregulowania takiej możliwości w przepisach prawa, nie posiada gwarancji uzyskania środków z tego źródła⁴⁸.

⁴⁵ Por. „*Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydatkujące środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych*”, opinia prawna dostępna na stronie internetowej UZP, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/stosowanie-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-przez-stowarzyszenia-wydatkujace-srodki-pochodzace-z-1-podatku-dochodowego-od-osob-fizycznych> [dostęp: 01.11.2018 r.].

⁴⁶ Na zasadach i w trybie określonym w przepisach odrębnych.

⁴⁷ Obliczonego zgodnie z odrębnymi przepisami.

⁴⁸ Por. „*Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydatkujące środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych*”, op. cit.

Patrząc na powyższe przez pryzmat przesłanek uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego, wskazać należy, że organy administracji publicznej, a w szczególności podmioty wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 1-3 Pzp na żadnym etapie nie decydują o przyznaniu organizacji pożytku publicznego środków finansowych w ramach instytucji przekazania 1% podatku. Jedynie, zgodnie z art. 27a ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, Dyrektor Narodowego Instytutu prowadzi w formie elektronicznej wykaz organizacji mających status organizacji pożytku publicznego, na które podatnik może przekazać swój 1% podatku i zamieszcza ten wykaz na stronie podmiotowej Narodowego Instytutu w Biuletynie Informacji Publicznej. Taka regulacja stanowi jednak element obojętny z punktu widzenia potencjalnego zobowiązania beneficjenta środków do stosowania ustawy Pzp, w szczególności z uwagi na fakt, iż Dyrektor nie ma swobody w zakresie decyzji, które organizacje zostaną zamieszczone w wykazie. Kwestia ta jest bowiem szczegółowo uregulowana w art. 27a ust. 3 ustawy. Co więcej, należy pamiętać, że w następstwie samego zamieszczenia organizacji pożytku publicznego w omawianym wykazie nie powstaje gwarancja uzyskania środków finansowych z tego źródła. Przekazanie środków zależy w każdym przypadku od autonomicznej decyzji podatnika⁴⁹.

Podsumowując, należy stwierdzić, że uzyskanie przez fundację lub stowarzyszenie środków w ramach odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych pozostaje bez znaczenia dla powstania po stronie takich podmiotów obowiązku stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy. Z uwagi na wykazany brak konsekwencji uzależnienia beneficjenta od określonych podmiotów publicznych, omawiana forma finansowania, nie wypełnia znamion finansowania w ponad 50% rozumieniu wskazanego przepisu.

4.1.3.1.3. Dotacje celowe na zadania publiczne

Zagadnienie obowiązku udzielania zamówień publicznych przez fundacje lub stowarzyszenia, które realizują zadania publiczne, korzystając z systemu dotacji celowych, posiada bardzo duże znaczenie dla praktyki funkcjonowania takich podmiotów. Z uwagi na umiejscowienie fundacji i stowarzyszeń na płaszczyźnie społeczno-gospodarczej, takie jednostki często korzystają z tej formy finansowania swojej działalności, wykorzystując zbieżność celów działania i zakresu wykonywanych zadań z zakresem funkcjonowania podmiotów publicznych, w szczególności jednostek samorządu terytorialnego. Wynik analizy takich stanów faktycznych przez pryzmat obowiązku udzielania zamówień publicznych jako podmiot prawa publicznego wykazuje niewątpliwie istotne znaczenie dla licznej grupy fundacji i stowarzyszeń.

⁴⁹ *Idem.*

Zasadniczo, w sytuacji gdy podmiot publiczny zleca fundacji lub stowarzyszeniu realizację określonego zadania publicznego przekazując jednocześnie środki na ten cel, beneficjent dofinansowania doznaje ograniczenia swobody kontraktowania na podstawie regulacji art. 3 ust. 3 Pzp. Przepis ten stanowi, że określone w nim podmioty przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Wskazać przy tym należy, że określony przepis nie stanowi źródła obowiązku przestrzegania przepisów proceduralnych określonych w ustawie - Pzp⁵⁰. Immanentne powiązanie takich stanów faktycznych z art. 3 ust. 3 Pzp należy uznać za wątpliwe. Wydaje się, iż w pewnych warunkach, środki uzyskiwane w formie dotacji celowych na zadania publiczne mogą stanowić podstawę do spełnienia przesłanki finansowania w przeważającej części w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. W takim natomiast przypadku, beneficjent środków wyposażony zostanie w status zamawiającego i ciężar na nim będzie obowiązek przestrzegania przepisów Prawa zamówień publicznych.

Wysoką problematyczność zagadnienia kumulują wyrażone w tym zakresie poglądy przedstawicieli doktryny. Pojawiające się w literaturze przedmiotu tezy odnośnie do takich stanów faktycznych wraz popierającą je argumentacją, nie posiadają charakteru wykluczającego możliwość podjęcia polemiki oraz przedstawienia tez przeciwnych.

Źródłem szczególnych wątpliwości jest stanowisko w zakresie omawianego zagadnienia zawarte w opiniach prawnych UZP. Przedstawiona linia argumentacyjna oparta jest na wnioskach wyciągniętych z orzeczenia ETS w sprawie Cambridge⁵¹. Odwołanie się do tez przedstawionych w danym wyroku występuje w szeregu opinii zamieszczonych na portalu Urzędu⁵², jednak wykorzystanie stanowiska Trybunału bezpośrednio przy ocenie sytuacji prawnej fundacji i stowarzyszeń następuje w opinii „Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5”. W tym miejscu wydaje się zasadne bezpośrednie przytoczenie szczególnie dyskusyjnego fragmentu wskazanej opinii.

„Pod pojęciem finansowania określonego podmiotu w ponad 50 % przez jednostki sektora finansów publicznych oraz przez inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej w rozumieniu przepisów ustawy, a także przez

⁵⁰ Szerzej na ten temat zob. rozdział 5 monografii, część poświęcona obowiązkowi zamówieniowemu przy dofinansowaniu projektów.

⁵¹ Orzeczenie ETS z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98.

⁵² Por. w szczególności opinie prawne UZP: „Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE”, op. cit. oraz „Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydające środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych”, op. cit.

inne podmioty prawa publicznego, należy rozumieć przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta podmiotom publicznym. Finansowanie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie może być utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za konkretne świadczenie do jakiego zobowiązuje się beneficjent na podstawie np. umowy o wykonywanie zadań publicznych. Stosownie do treści art. 11 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, zlecenie zadań publicznych instytucji pozarządowej odbywa się po przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert, i może przybrać formę powierzenia lub wspierania wykonywania zadań publicznych, wraz z udzieleniem dotacji na finansowanie ich realizacji (art. 5 ust. 4 pkt 1 i 2).

Nie każdy przypadek przekazywania środków publicznych danej instytucji przez państwo (jednostki samorządu terytorialnego) można zatem uznać za finansowanie podmiotu w rozumieniu tego przepisu. Nie mamy do czynienia z finansowaniem danego podmiotu (fundacji, stowarzyszenia), gdy środki publiczne przekazywane są temu podmiotowi na sfinansowanie lub współfinansowanie konkretnych projektów czy własnych zamierzeń inwestycyjnych, ale pozostających w sferze zainteresowań podmiotów publicznych. Jeżeli zatem środki finansowe przekazywane przez instytucje publiczne przekraczają nawet 50 % wszystkich dochodów podmiotu, ale są one przekazywane w zamian za konkretne świadczenia, których realizacją jest zainteresowany podmiot publiczny (państwo), w takich okolicznościach nie zostaje spełniona przesłanka, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp.”⁵³

Tak jak to zostało wskazane, przedstawione stanowisko oparte jest na poglądach wyrażonych w orzecznictwie ETS, w szczególności zaś w wyroku Trybunału z dnia 3 października 2000 roku w sprawie C-380/98⁵⁴ tzw. sprawa Cambridge.

Przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału była kwestia obowiązku zamówieniowego brytyjskich uniwersytetów, a konkretnie zagadnienia wypełnienia przez takie jednostki przesłanki uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego. Przedstawiciele uczelni sprzeciwiali się bezwzględnemu traktowaniu uniwersytetów

⁵³ „Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5”, opinia prawna dostępna na stronie internetowej UZP, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/obowiazek-stosowania-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-przez-fundacje-oraz-stowarzyszenia-stosowanie-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-na-postawie-art.-3-ust.-1-pkt-3-oraz-art.-3-ust.-1-pkt-5> [dostęp: 01.11.2018 r.].

⁵⁴ W cytowanej opinii brak jest bezpośredniego wskazania na to orzeczenie jako źródło stawianych tez, jednak w tekście znajduje się odesłanie do opinii „Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE”, w której autor bezpośrednio powołuje się na dany wyrok ETS.

jako podmiotów prawa publicznego, aby były one zobowiązane do przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w dyrektywach⁵⁵.

W sprawie jako bezsporne uznano spełnianie przez uniwersytety dwóch pierwszych przesłanek uznania za podmiot prawa publicznego, a mianowicie posiadanie przez jednostkę osobowości prawnej oraz ustanowienie w celu zaspokajania potrzeb w ogólnym interesie, które nie wykazują charakteru handlowego ani przemysłowego. Za równie oczywisty uznano brak spełnienia dwóch ostatnich warunków, dotyczących nadzoru nad zarządem oraz wyznaczenia przez podmioty publiczne większości członków organów administrujących, zarządzających lub nadzorczych. Sporną kwestię, o której wyjaśnienie zwrócono się do Trybunału, stanowiła natomiast przesłanka odnosząca się do źródeł finansowania działalności danego podmiotu. Pierwsze z pytań, z którymi zwrócono się do ETS dotyczyło użytego w dyrektywach zwrotu „finansowane w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego”. Wątpliwości dotyczyły tego, czy pojęcie to obejmuje takie źródła finansowania działalności uniwersytetów jak:

- a) granty przeznaczone na finansowanie projektów naukowo-badawczych
- b) środki uzyskane w ramach zapłaty za realizację zamówień publicznych w przedmiocie usług w postaci prac naukowo-badawczych, wykonywanych na rzecz konkretnych podmiotów publicznych,
- c) środki wypłacane za realizację innych zamówień, w przedmiocie takich usług jak organizacja konferencji lub doradztwo,
- d) przekazywane przez władze lokalne stypendia, z których pokrywano koszty czesnego określonych studentów⁵⁶.

Ustosunkowując się do spornej kwestii Trybunał wskazał, że wszystkie kryteria określone w trzecim warunku definicji podmiotu prawa publicznego zawartej w dyrektywach mają na celu odzwierciedlać stosunek bliskiej zależności danej jednostki od państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego. Podkreślił jednak, iż nie wszystkie przypadki przekazywania środków przez wskazane kategorie podmiotów wywołują taki skutek, nie wszystkie stanowią tym samym finansowanie ze środków publicznych w rozumieniu przyjętym w dyrektywach. Trybunał wyraźnie stwierdził, że pod pojęciem finansowania ze środków publicznych nie należy rozumieć w szczególności płatności, które stanowią zapłatę za wykonane usługi. Wnioskując a contrario, należałoby uznać, że wszystkie podmioty prywatne, które występują w roli wykonawców zamówień publicznych na rzecz publicznych zamawiających, są finansowane przez podmioty publiczne i spełniają kry-

⁵⁵ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa...*, op. cit., s. 75-80.

⁵⁶ *Idem*, s. 75-80.

terium zależności od państwa. Jednakże, zdaniem Trybunału, w takich przypadkach nie dochodzi do powstania pomiędzy podmiotami wymaganego stosunku bliskiej zależności, podległości. W sytuacji bowiem wykonywania usług w oparciu o umowę dotyczącą konkretnych świadczeń mamy do czynienia ze świadczeniem cywilnoprawnym, którego istotę stanowi więź pomiędzy świadczeniami obu stron stosunku prawnego, oparta na zasadzie wzajemności (*do ut es*). Wykorzystując opisane kryterium rozróżniające, Trybunał uznał, że środki otrzymywane przez brytyjskie uniwersytety od podmiotów publicznych na zasadzie komercyjnej, w szczególności w ramach wynagrodzenia za usługi doradcze, organizację konferencji czy też prace naukowo-badawcze na rzecz publicznych zamawiających, nie stanowią finansowania ze środków publicznych w znaczeniu przyjętym w dyrektywach zamówieniowych. Argumentując tę tezę wskazano, że podmiot publiczny przekazując środki w takich stanach faktycznych, finansując wykonanie konkretnych usług, podejmuje działania we własnym interesie, na zasadach działalności komercyjnej. Do odmiennych wniosków należy jednak dojść analizując formy finansowania uniwersytetów, określone w punktach a) i d) pytania skierowanego do ETS. Mianowicie, granty na sfinansowanie realizacji projektów naukowo-badawczych oraz stypendia przeznaczone na sfinansowanie czesnego określonych studentów, zdaniem Trybunału, posiadają charakter płatności, których celem jest wsparcie jednostki jako całości. Przy takich przejawach przekazywania środków, w katalogu motywów dokonania płatności nie jesteśmy bowiem w stanie zamieścić interesu ekonomicznego podmiotu finansującego. Takie formy wspierania podmiotów prywatnych posiadają, w opinii Trybunału, cechy „finansowania przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego”, mogą tym samym stanowić podstawę do uznania beneficjenta środków za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych⁵⁷.

Odmienna perspektywa spojrzenia na omawiany problem może zostać przyjęta po uwzględnieniu w toku analizy tez postawionych przez ETS w wyroku w sprawie C-337/06⁵⁸. We wskazanym orzeczeniu kwestia sporna również dotyczyła wykładni pojęcia „finansowania w ponad 50% przez podmioty publiczne” i dokonywanej na tej podstawie kwalifikacji jednostki jako podmiotu prawa publicznego. Ocena przesłanek powstania obowiązku udzielania zamówień publicznych prowadzona była w stosunku do publicznych nadawców w sferze radiofonii i telewizji, funkcjonujących na terytorium Niemiec.

Zgodnie z regulacjami niemieckiego porządku prawnego, wskazani nadawcy są instytucjami prawa publicznego, którym powierzono realizację zadań leżących

⁵⁷ *Idem*, s. 75-80.

⁵⁸ Orzeczenie ETS z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06.

w interesie publicznym. Przy czym cechuje ich niezależność od władz państwowych, samodzielnie sprawują kierownictwo nad swoją administracją oraz są zorganizowani w sposób wyłączający jakikolwiek wpływ władz publicznych. Zgodnie natomiast z orzecznictwem niemieckich sądów najwyższych nadawcy ci nie stanowią części organizacji państwa. Z kolei w zakresie źródeł finansowania działalności takich podmiotów obowiązuje zasada finansowania z opłat abonamentowych uiszczanych przez obywateli, którzy posiadają odpowiednie odbiorniki. Przy czym wpływy z tego źródła stanowiły większość źródeł dochodów analizowanych jednostek. Sedno sporu dotyczyło kwestii czy taka forma finansowania, przy której środki nie pochodzą bezpośrednio od państwa lecz od odbiorców usług, objęta jest zakresem pojęcia „finansowania w ponad 50%” przez określone podmioty w rozumieniu definicji podmiotu prawa publicznego zawartej w dyrektywach. Z uwagi na to, iż nie jest to zagadnienie bezpośrednio związane z omawianym tematem, można wprost wskazać, że Trybunał uznał taką formę finansowania za kwalifikującą wskazanych nadawców jako podmioty podlegające przepisom dyrektyw. Istotne jednak są tezy postawione przez ETS w uzasadnieniu swojego stanowiska. Mogą one stanowić wartościowe źródło wiedzy odnośnie do analizowanych przypadków zlecenia realizacji zadań publicznych i związanych z tym dotacji celowych. Stan faktyczny orzeczenia, w szczególności cechy i status prawny niemieckich nadawców, wykazuje bowiem liczne cechy wspólne z omawianymi formami dotowania zadań fundacji i stowarzyszeń.

Przed wszystkim, podkreślić należy, że wskazani nadawcy funkcjonują jako podmioty wyłączone ze struktur państwowych, w sposób całkowicie autonomiczny, wyłączający państwową ingerencję w sposób wykonywania oraz kierunki ich działalności. Jedynym elementem przybliżającym ich do sektora publicznego jest realizacja zadań w sferze publicznej oraz otrzymywanie środków finansowych z publicznego źródła na pokrycie kosztów ich działalności. Zgodnie z poglądem Trybunału, wyrażonym w pkt. 31 wyroku, pomimo, iż niemiecki system finansowania nadawców publicznych wyklucza co do zasady wywieranie na nadawców jakiegokolwiek wpływu politycznego ze strony organów państwowych, okoliczność ta nie jest wystarczająca, aby niniejszą sprawę rozpatrywać wyłącznie z takiego punktu widzenia, że z definicji brak jest możliwości wywierania określonego wpływu przez państwo. Dla celów jednolitej wykładni i stosowania prawa unijnego oraz realizacji celów prawa pierwotnego należy bowiem mieć również na uwadze inne aspekty, takie jak swobody przepływu poszczególnych czynników produkcji oraz otwarcie rynków krajowych na konkurencję w skali ogólnoeuropejskiej. W odpowiedzi na pytanie, czy przesłanka „finansowania przez podmioty publiczne” jest spełniona wyłącznie w przypadkach bezpośredniej ingerencji państwa lub innych władz publicznych przy udzielaniu zamówień publicznych przez beneficjenta środków, Trybunał stwierdził, że na podstawie brzmienia omawiane-

go przepisu bezpośrednia ingerencja państwa lub innego podmiotu publicznego w proces udzielania zamówień publicznych nie stanowi warunku sine qua non spełnienia przesłanki „finansowania przez państwo”⁵⁹. ETS wskazał, iż celem dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych jest uniknięcie ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych wykonawców przy udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające i jednocześnie wykluczenie sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować przy dokonywaniu zakupów innymi kryteriami niż czysto gospodarcze⁶⁰. W świetle wskazanych celów dyrektyw zamówieniowych, zarówno przesłanka „finansowania ze strony podmiotów publicznych”, jak i całe pojęcie podmiotu prawa publicznego powinno, zdaniem Trybunału, podlegać funkcjonalnej interpretacji⁶¹.

Szczególnie istotny pogląd ETS, mogący posłużyć jako podsumowanie całej przedstawionej linii argumentacyjnej, zawarty został w pkt. 59 orzeczenia. Trybunał stwierdził bowiem, iż w rozstrzyganej sprawie nie występuje skonkretyzowane świadczenie wzajemne na rzecz państwa, a przekazywanie środków na rzecz nadawców ma na celu wyrównanie ciężarów powstałych w związku z wykonywaniem misji publicznej państwa. W tych okolicznościach nadawcy, których dotyczy postępowanie, nie różnią się od innych służb publicznych, które otrzymują od państwa subwencję za wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym.

W oparciu o przedstawione tezy Trybunału należy zadać pytanie czy analogicznie jak niemieccy nadawcy, fundacje lub stowarzyszenia otrzymujące dotację na realizację zadania publicznego nie powinny być traktowane jak „służby publiczne, które otrzymują od państwa subwencję za wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym”?

W przedstawionej opinii Urzędu czytamy, że nie dochodzi do spełnienia przesłanki finansowania w przeważającej części w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp w sytuacji, gdy środki przekazywane są w ramach stosunku umownego w zamian za konkretne świadczenia na rzecz podmiotów publicznych. Należy jednak pamiętać o wytycznej Trybunału, zgodnie z którą pojęcie podmiotu prawa publicznego powinno podlegać funkcjonalnej interpretacji. Co za tym idzie, wydaje się, iż charakter stosunku prawnego, na mocy którego następuje przekazanie środków nie powinien stanowić podstawy do arbitralnego wyłączenia obowiązku zamówieniowego w stosunku do ich beneficjenta.

⁵⁹ Zob. pkt 52 wyroku. Podobnie Trybunał argumentował w wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03, Pkt. 44 i 47.

⁶⁰ Pkt 36 wyroku.

⁶¹ Pkt. 37 i 40 wyroku.

Przy tym należy wskazać, że według badań statystycznych przeprowadzonych przez Stowarzyszenie KLON/JAWOR, aż 4% fundacji i stowarzyszeń wykazuje środki pochodzące ze źródeł samorządowych jako jedyne źródło finansowania ich działalności, natomiast aż 29% wskazuje to źródło jako źródło dominujące⁶². Czy zatem podmiot, który jest finansowany w 100% przez podmioty publiczne nie powinien być uznany za zależny od sektora publicznego i tym samym wyposażony w status podmiotu prawa publicznego na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp? Czy argument umowy, jako podstawy prawnej przekazania środków, uzasadnia wyłączenie obowiązku udzielania zamówień publicznych w przypadku tak oczywistych stosunków zależności finansowej? Stosując wskazaną przez Trybunał wytyczną interpretacyjną, a więc wykładnię funkcjonalną, trudno jest ocenić takie stany faktyczne inaczej niż w sposób stwierdzający wystąpienie w nich obowiązku przestrzegania Prawa zamówień publicznych przez beneficjenta środków.

4.1.3.1.4. Finansowanie w sposób pośredni

Zgodnie z ogólną zasadą zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, określone w przepisie przesłanki o charakterze zależnościowym mogą zostać spełnione w sposób bezpośredni lub pośredni. W przypadku przesłanki finansowania w przeważającej części oznacza to, że środki nie muszą pochodzić bezpośrednio od określonych w przepisie podmiotów, a w procesie finansowania danej jednostki może pośredniczyć inny podmiot. Niewątpliwie, takie podejście prawodawcy do pojęcia podmiotu prawa publicznego ma na celu zapewnienie jak największej szczelności systemu publicznych wydatków. Nie wpływa to jednak pozytywnie na przejrzystość przepisów i zasad obowiązujących w zakresie oceny wystąpienia po stronie określonej jednostki statusu podmiotu prawa publicznego.

Wydaje się, iż często ustalenie istnienia obowiązku zamówieniowego w związku z pośrednim finansowaniem podmiotu wymagać będzie analizy konkretnego stanu faktycznego. Z uwagi na wysoki stopień różnorodności stosunków prawnych w praktyce, uniwersalne ustalenie sytuacji, w których mamy do czynienia z finansowaniem pośrednim w rozumieniu Prawa zamówień publicznych jest znacznie utrudnione. Analiza poszczególnych przypadków powinna za każdym razem odbywać się w oparciu o zasady interpretacji funkcjonalnej, której znaczenie wielokrotnie podkreślał TSUE. Z wykorzystaniem takiej optyki spojrzenia, analiza powinna koncentrować się na ustaleniu czy w związku z przekazywaniem środków powstaje po stronie fundacji lub stowarzyszenia stosunek zależności od sektora publicznego. Należy ocenić, czy w związku z określonym źródłem finansowania,

⁶² J. Przewłocka, P. Adamiak, J. Herbst, *Podstawowe fakty...*, op. cit., s. 110.

powstaje ryzyko, że w toku ich wydatkowania beneficjent środków może się kierować kryteriami pozagospodarczymi, co może negatywnie wpłynąć na dostęp do danego zakupu⁶³ w skali ogólnoeuropejskiej. Pozytywna odpowiedź na to pytanie powinna wiązać się z kategoryzacją analizowanej jednostki do grupy podmiotów zobowiązanych do przestrzegania przepisów ustawy - Pzp.

W ocenie czy mamy do czynienia z przejawem pośredniego finansowania w rozumieniu omawianego przepisu, konieczne będzie każdorazowe ustalenie podmiotu, który faktycznie wydatkuje określone środki, tj. podejmuje decyzje w zakresie zasad, sposobu i celu ich zagospodarowania. W niektórych przypadkach potrzebna będzie analiza procesu decyzyjnego po stronie podmiotu pośredniczącego w finansowaniu danej jednostki. Mianowicie, konieczne będzie ustalenie czy przekazanie środków nastąpiło w wyniku jego autonomicznej decyzji, czy też miały na nią wpływ wytyczne ze strony podmiotu publicznego⁶⁴. Należy przy tym przyjąć, że swoisty „łańcuch finansowania” zostanie przerwany na etapie, gdy przekazanie środków przez podmiot pośredniczący nastąpi w ramach stosunków zobowiązaniowych o charakterze czysto gospodarczym, tj. w formie świadczenia wzajemnego np. za wykonaną usługę⁶⁵.

4.1.3.2. Sprawowanie nadzoru nad organem zarządzającym

Kolejną ze szczegółowych przesłanek uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego jest występowanie po stronie jednostek sektora finansów publicznych, innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub innych podmiotów prawa publicznego uprawnienia do sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym analizowanej jednostki. Analogicznie jak w przypadku przesłanki finansowania w ponad 50% oraz pozostałych przesłanek o charakterze zależnościowym, wykładnia tej przesłanki powinna następować przez pryzmat możliwości wywierania wpływu na kierunki działalności i decyzje określonego podmiotu.

⁶³ Po stronie podaźowej.

⁶⁴ Wydaje się, iż właśnie z takim przykładem pośredniego finansowania mamy do czynienia w przypadku publicznych nadawców telewizji, których źródłem finansowania są opłaty pobierane od posiadaczy odbiorników, przy czym obowiązek uiszczenia opłaty wynika z przepisów prawa. Por. orzeczenie ETS z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06. Zgodnie z motywem 10 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, finansowanie, w rozumieniu definicji podmiotu prawa publicznego, może obejmować wpłaty od użytkowników, które są nakładane, obliczane i ściągane zgodnie z zasadami prawa publicznego.

⁶⁵ Podmiot, który w takich warunkach uzyska określone środki nie będzie mógł być uznany za podmiot finansowany w sposób pośredni. W taki bowiem przypadku, wydatkowane środki tracą charakter publicznych, co za tym idzie publicznoprawne procedury ich wydatkowania przestają być uzasadnione z punktu widzenia funkcji systemu zamówień publicznych.

Zarówno fundacje, jak i stowarzyszenia podlegają w zakresie swojej działalności nadzorowi realizowanemu przez właściwe do tego organy. Nadzór taki następuje na podstawie i w granicach przepisów ustawy właściwej dla danej formy organizacyjno-prawnej. W pierwszej kolejności należy zatem postawić pytanie czy takie formy nadzoru, w szczególności zaś określony w ustawach zakres uprawnień nadzorczych po stronie podmiotów publicznych, stanowić mogą podstawę do stwierdzenia, że omawiana przesłanka objęcia obowiązkiem zamówieniowym jest spełniona.

Analiza przepisów ustawy o fundacjach prowadzi do wniosku, że fundacje podlegają w pierwszej kolejności nadzorowi bezpośredniemu, wykonywanemu przez sąd rejestrowy⁶⁶. Zgodnie z art. 9 ustawy, wpis fundacji do KRS może nastąpić wyłącznie po stwierdzeniu przez sąd rejestrowy, że czynności prawne stanowiące podstawę wpisu zostały podjęte przez uprawnioną osobę lub organ i są ważne. Ponadto sąd wydaje postanowienie o wpisaniu fundacji do rejestru po ustaleniu, że cel i statut fundacji są zgodne z przepisami prawa. O dokonany wpis sąd zawiadamia ministra właściwego ze względu na zakres jego działania oraz cele fundacji⁶⁷ oraz właściwego ze względu na siedzibę fundacji starostę, przesyłając jednocześnie statut. Wskazane organy administracji państwowej sprawują nad fundacjami nadzór pośredni. W przypadku fundacji korzystającej ze środków publicznych, która prowadzi działalność na obszarze całego kraju, starosta wykonuje określone w ustawie uprawnienia nadzorcze w zakresie działalności prowadzonej na obszarze właściwości miejscowej samorządu powiatowego⁶⁸. Bardzo istotnym elementem mechanizmu państwowego nadzoru nad fundacjami jest określony w art. 12 ust. 2 i 3 ustawy obowiązek fundacji do składania właściwemu ministrowi corocznego sprawozdania ze swojej działalności, jak również jego udostępnienie do publicznej wiadomości⁶⁹.

⁶⁶ B. Pachuca [w:] E. Kędra, A. Krasieńska (red.), *Ustrój prawny przedsiębiorców*, Olsztyn 2006, s. 350.

⁶⁷ Jeżeli cele fundacji wkraczają w zakres działania dwóch lub więcej ministrów, sąd zawiadamia o wpisaniu fundacji do Krajowego Rejestru Sądowego, wraz z przesłaniem statutu, właściwego ministra, z którego zakresem działania wiążą się główne cele fundacji.

⁶⁸ Określone zadania starosty stanowią zadania z zakresu administracji rządowej. Por. art. 15a ustawy o fundacjach.

⁶⁹ Konieczność objęcia fundacji obligatoryjnym nadzorem ze strony państwa argumentuje się przede wszystkim faktem, iż często fundacje nie posiadają własnych organów nadzorczych. Z tego też względu państwo ma obowiązek wypełnienia tej luki i zabezpieczenia fundacji przed niegospodarnością czy też podejmowaniem czynności obiektywnie bezużytecznych. Obok tego zasadniczego argumentu, podaje się również motyw kontroli, rozumiany jako możliwość wglądu w działalność fundacji i zapewnienia, że będą prowadziły działania wyłącznie w zakresie przyznanej zdolności prawnej, służąc podstawowym interesom państwa. Wskazać w tym miejscu może również na interes fiskalny państwa, co ma szczególne znaczenie odnośnie do fundacji wykonujących działalność gospodarczą. Obok interesu publicznego, w ramach ustawowego nadzoru chroniony jest również interes prywatny fundatora. Nadzór państwowy daje gwarancję, że fun-

Zakres uprawnień właściwego ministra lub starosty w ramach nadzoru państwowego sprowadza się do:

- prawa składania wniosku do sądu w przedmiocie oceny zgodności działania fundacji z przepisami prawa i statutem oraz z celem, w jakim fundacja została ustanowiona, o czym sąd orzeka w postępowaniu nieprocesowym⁷⁰,
- możliwości wystąpienia do sądu o uchylenie uchwały zarządu fundacji, pozostającej w rażącej sprzeczności z jej celem albo z postanowieniami statutu fundacji lub z przepisami prawa⁷¹,
- prawa wystąpienia do sądu o zawieszenie zarządu fundacji i wyznaczenie zarządcy przymusowego,
- możliwości zwrócenia się do sądu o likwidację fundacji, na podstawie art. 15 ust. 2 w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o fundacjach⁷².

Zgodnie z art. 8 ust. 5 ustawy - Prawo o stowarzyszeniach, organami właściwymi do sprawowania nadzoru nad działalnością stowarzyszeń są:

- wojewoda, w zakresie nadzoru nad działalnością stowarzyszeń jednostek samorządu terytorialnego,
- starosta, w zakresie nadzoru nad innymi stowarzyszeniami⁷³.

W przypadku jednostek terenowych stowarzyszeń, właściwy do sprawowania nadzoru będzie odpowiedni organ, ustalony analogicznie według siedziby danego oddziału⁷⁴.

Zakres środków ingerencji w działalność stowarzyszenia po stronie wskazanych organów nadzoru jest w obecnym stanie prawnym znacznie ograniczony. Przyjąć można, że z uwagi na określone w ustawie uprawnienia, organy nadzoru faktyczne sprawują nad stowarzyszeniami wyłącznie kontrolę. Zgodnie bowiem z art. 25 ust. 1 ustawy, organ nadzorujący sprawuje nadzór nad działalnością stowarzyszeń wyłącznie w zakresie zgodności ich działania z przepisami prawa i postanowieniami statutu. Zgodnie z ust. 2 przepisu, organ nadzorujący ma pra-

dacie będą prowadzić działalność w zgodzie z wolą fundatora, określoną w celach ustanowienia fundacji. Szerzej zob. H. Cioch [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, *op. cit.*, s. 263.

⁷⁰ Por. art. 12 ust. 1 ustawy o fundacjach.

⁷¹ Organ może jednocześnie zwrócić się do sądu o wstrzymanie wykonania uchwały do czasu rozstrzygnięcia sprawy.

⁷² A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, *op. cit.*, s. 768. Szczególne zasady nadzoru obowiązują odnośnie do fundacji kościelnych, szerzej zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 446-453.

⁷³ Właściwość odnośnie do obu organów określa się na podstawie siedziby stowarzyszenia.

⁷⁴ Odnośnie do związków stowarzyszeń ustawa nie reguluje organów nadzoru, jednak przyjąć należy, że nadzór wobec takich jednostek sprawuje właściwy starosta. Kluby sportowe i związki sportowe działające w formie stowarzyszeń lub związków stowarzyszeń podlegają nadzorowi właściwego starosty. Z kolei regionalne i lokalne organizacje turystyczne, zgodnie z art. 4 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej, podlegają nadzorowi ministra właściwego do spraw turystyki. Szerzej zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 279-280.

wo żądać dostarczenia przez zarząd stowarzyszenia, w wyznaczonym terminie, odpisów uchwał walnego zebrania członków⁷⁵ oraz może zwrócić się do władz stowarzyszenia z żądaniem niezbędnych wyjaśnień. Zgodnie natomiast z art. 26, w przypadku gdy jego żądania pozostaną bezskuteczne, organ nadzorujący ma prawo wystąpić do sądu z wnioskiem nałożenie na stowarzyszenie grzywny⁷⁶. Ponadto w przypadku ustalenia, że działalność stowarzyszenia jest niezgodna z przepisami prawa lub określonymi w ustawie postanowieniami statutu⁷⁷, organ nadzorujący, kierując się kryterium rodzaju oraz stopnia nieprawidłowości, może wystąpić o ich usunięcie w określonym terminie, udzielić ostrzeżenia władzom stowarzyszenia lub wystąpić do sądu o zastosowanie jednego z określonych w ustawie środków nadzoru sądowego.

Katalog środków nadzoru stosowanych przez sąd określa przede wszystkim art. 29 ust. 1 ustawy. Zgodnie z przepisem, działając na wniosek organu nadzorującego lub prokuratora, sąd może:

- udzielić upomnienia władzom stowarzyszenia,
- uchylić niezgodną z prawem lub statutem uchwałę stowarzyszenia,
- rozwiązać stowarzyszenie, jeżeli jego działalność wykazuje rażące lub uporczywe naruszanie prawa albo postanowień statutu i nie ma warunków do przywrócenia działalności zgodnej z prawem lub statutem⁷⁸.

Dodatkowe uprawnienia sądu względem stowarzyszeń w zakresie wykonywanego nadzoru przewidują art. 30 oraz art. 31 ustawy - Prawo o stowarzyszeniach. Mianowicie, w sytuacji gdy stowarzyszenie nie posiada zarządu zdolnego do działań prawnych, sąd może ustanowić dla niego kuratora. Decyzja w tej kwestii może być podjęta przez sąd z własnej inicjatywy, jak również na wniosek organu nadzorującego. Ponadto sąd posiada uprawnienia do orzekania w przedmiocie rozwiązania stowarzyszenia. Właściwe postanowienia wydaje na wniosek organu nadzorującego w przypadkach, gdy:

- liczba członków stowarzyszenia zmniejszyła się poniżej liczby członków wymaganych do jego założenia,

⁷⁵ Zebrania delegatów.

⁷⁶ W wysokości jednorazowo nie wyższej niż 5000 zł. Od grzywny można zwolnić, jeżeli po jej wymierzeniu stowarzyszenie niezwłocznie zastosuje się do wymagań organu nadzorującego. Stowarzyszenie, w terminie 7 dni, może wystąpić do sądu o zwolnienie od grzywny.

⁷⁷ Zob. art 28 Prawa o stowarzyszeniach.

⁷⁸ Rozpoznając wniosek o rozwiązanie stowarzyszenia, sąd może na wniosek lub z własnej inicjatywy wydać zarządzenie tymczasowe o zawieszeniu w czynnościach zarządu stowarzyszenia, wyznaczając przedstawiciela do prowadzenia bieżących spraw stowarzyszenia. Ponadto sąd może zobowiązać władze stowarzyszenia do usunięcia nieprawidłowości w określonym terminie i zawiesić postępowanie. W razie bezskutecznego upływu terminu, sąd, na wniosek organu nadzorującego lub z własnej inicjatywy, podejmie zawieszono postępowanie. Por. art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

- stowarzyszenie nie posiada przewidzianych w ustawie władz i nie ma warunków do ich wyłonienia w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy⁷⁹.

Udzielając odpowiedzi na pytanie czy określone w ustawie o fundacjach i Prawie o stowarzyszeniach formy nadzoru nad fundacjami i stowarzyszeniami mogą prowadzić do spełnienia przesłanki „sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym” w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp należy mieć na uwadze określone przez TSUE wytyczne interpretacyjne w tym zakresie. W orzeczeniu w sprawie C-237/99⁸⁰ Trybunał odniósł się bezpośrednio do charakteru i znaczenia omawianej przesłanki uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego. Stwierdził, iż z uwagi na zamieszczenie przesłanki „sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym” w grupie przesłanek zależnościowych pozostaje oczywiste, że w tym przypadku należy przyjąć analogiczne kryterium oceny wystąpienia tego warunku. Podobnie więc jak w zakresie przesłanek „finansowania podmiotu w ponad 50%” oraz „prawa do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego”, w omawianym przypadku decydujący o spełnieniu przesłanki powinien być fakt wystąpienia możliwości wywierania wpływu na działalność jednostki ze strony określonych podmiotów publicznych⁸¹. Trybunał wyraźnie wskazał, że w przypadku sprawowanej przez podmiot publiczny kontroli ex post, nie będziemy mieli do czynienia ze spełnieniem omawianej przesłanki, ponieważ taka kontrola nie pozwala władzom publicznym na wpływanie na decyzje danego podmiotu w dziedzinie zamówień publicznych⁸². O sprawowaniu nadzoru nad organem zarządzającym możemy więc mówić w przypadku wystąpienia takich powiązań pomiędzy organem a podmiotami publicznymi, w wyniku których powstaje stosunek bliskiej zależności jednostki od sektora publicznego, stanowiący źródło potencjalnych ograniczeń w zakresie autonomicznego podejmowania decyzji w toku bieżącej działalności.

Wydaje się, iż z uwagi na wskazaną wytyczną interpretacyjną, formy nadzoru uregulowane w ustawie o fundacjach oraz Prawie o stowarzyszeniach nie mogą stanowić podstawy do uznania fundacji lub stowarzyszenia za podmiot prawa publicznego. Przy tym należy zgodzić się z poglądem wyrażonym w jednej z opinii prawnych UZP, że określony we wskazanych ustawach nadzór wykonywany jest wyłącznie w granicach oraz w oparciu o zasady określone w przepisach prawa. Sta-

⁷⁹ Ponadto zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy, sąd wydaje postanowienie o rozwiązaniu stowarzyszenia na wniosek kuratora, jeżeli pomimo podejmowanych przez kuratora czynności, nie wybrano władz stowarzyszenia i nie ma warunków do ich wyłonienia w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy.

⁸⁰ Orzeczenie ETS z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99.

⁸¹ Por. pkt 49 wyroku ETS z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99.

⁸² Zob. orzeczenie TSUE z dnia 12 września 2013 r. w sprawie C-526/11, pkt 29.

nowi on przejaw nadzoru administracyjnego, nie może przyjąć formy ingerencji w funkcjonowanie fundacji bądź stowarzyszenia poprzez czynności koordynacyjne lub kierownicze odnośnie do ich działalności. W szczególności organ wykonujący uprawnienia nadzorcze nie będzie miał wpływu na kryteria, którymi nadzorowany podmiot kieruje się przy dokonywaniu zakupów dostaw, usług lub robót budowlanych. Dodatkowo wskazać należy, że organ nadzoru nie ponosi odpowiedzialności, zarówno natury prawnej, jak i ogólnopolitycznej, za działania podejmowane przez fundacje lub stowarzyszenia objęte zakresem jego właściwości nadzorczej. Konkludując, można stwierdzić, że pomimo uprawnień podmiotów publicznych w zakresie nadzoru nad fundacjami i stowarzyszeniami, nadal funkcjonują one na zasadach działalności na własną odpowiedzialność i na własny rachunek. Ponadto opisywane formy uprawnień nadzorczych odnoszą się do fundacji lub stowarzyszenia jako całości, przy czym w definicji podmiotu prawa publicznego określona jest przesłanka sprawowania nadzoru w stosunku do organu zarządzającego danego podmiotu⁸³.

Czy zatem w polskim porządku prawnym występują przypadki fundacji lub stowarzyszeń, które doświadczają takiego wpływu ze strony podmiotów publicznych na ich zarząd, który implikowałby powstanie po ich stronie obowiązku udzielania zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp? Jednoznaczna i wyczerpująca odpowiedź na to pytanie wydaje się nie być możliwa z uwagi na przyjętą przez polskiego ustawodawcę metodę regulacji w zakresie ustroju i wewnętrznej organizacji fundacji i stowarzyszeń. W szczególności w przypadku fundacji, ustawa charakteryzuje się wysokim stopniem ogólności, pozostawiając szeroki zakres swobody odnośnie do regulacji statutowych, w których następuje konkretyzacja elementów zdolności prawnej fundacji⁸⁴. Podobnie zagadnienie kształtuje się w praktyce funkcjonowania stowarzyszeń, w przypadku których statut również posiada charakter szczególnej podstawy prawnej ich działania, przy jednoczesnym liberalnym podejściu ustawodawcy do kwestii obligatoryjnych elementów treści statutu⁸⁵. Należy pamiętać o treści art. 38 KC, zgodnie z którym, osoby prawne działają przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Zasadniczo więc, nie można wykluczyć sytuacji, w której treść statutu fundacji lub stowarzyszenia zawierać będzie postanowienia, na podstawie których po stronie określonego podmiotu publicznego powstanie uprawnienie do wywierania wpływu na ich zarząd. Należy jednak postawić pytanie czy statutowe wypo-

⁸³ „Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5”, op. cit.

⁸⁴ A. Kidyba [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, op. cit., s. 44-45.

⁸⁵ Przepis art. 10 ustawy - Prawo o stowarzyszeniach określa jedynie niezbędne elementy treści statutu, przy czym może on zawierać również inne postanowienia.

sażenie podmiotów publicznych w uprawnienia nadzorcze w stosunku do zarządu fundacji lub stowarzyszenia pozostaje w zgodzie z ogólnymi zasadami kształtowania treści statutu. Zasadniczo bowiem treść statutu powinna pozostawać w zgodzie z jego właściwością (naturą), zasadami współżycia społecznego oraz przepisami ustawy⁸⁶. W szczególności w przypadku stowarzyszeń takie postanowienia statutu należałoby uznać za wątpliwe z punktu widzenia zgodności statutu z ustawą. W myśl bowiem z art. 2 ust. 1 Prawa o stowarzyszeniach, stowarzyszenie jest dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem o celach niezarobkowych. Samorządność jest więc definicyjnym elementem stowarzyszeń, co oznacza, że w praktyce charakteryzują się one niezależnością od podmiotów zewnętrznych oraz posiadają całkowitą swobodę w zakresie podejmowania decyzji przez organy i członków stowarzyszenia w jego sprawach. Ustawowe powiązanie stowarzyszeń z cechą samorządności daje podstawę do stwierdzenia, że statutowe jej ograniczenie powinno zostać zakwestionowane przez sąd rejestrowy jako niezgodne z ustawą⁸⁷.

4.1.3.3. Prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

W przypadku fundacji, analiza występowania po stronie podmiotów publicznych uprawnienia do powoływania większości członków organu nadzorczego lub zarządu powinna się rozpocząć od przedstawienia ogólnych zasad w tym zakresie. Już na początku można wskazać na główną tezę w danym wątku, mianowicie że ustawa o fundacjach nie reguluje danej kwestii, pozostawiając swobodę regulacjom statutu. Oznacza to, że postanowienia statutu mogą dowolnie określać zasady wyboru członków zarządu lub organu nadzorczego, w szczególności brak jest ograniczenia co do możliwości wyposażenia podmiotów trzecich w czynne prawo wyborcze do wskazanych organów fundacji. Zgodnie z regulacją ustawową jedynym obligatoryjnym organem fundacji jest zarząd, jednakże na podstawie postanowień statutu mogą być utworzone inne organy, takie jak rada nadzorcza, rada fundatorów czy też rada fundacji. W związku z tym, dalsze uwagi dotyczyć będą zasad wyboru członków zarządu. Mając jednak na uwadze zasadę swobody postanowień statutu w tym zakresie, należy uznać generalny charakter przedstawianych tez, co oznacza zachowanie ich aktualności w stosunku do innych organów fundacji, w szczególności odpowiednich organów nadzorczych.

Zdaniem A. Kidyby, regulacje statutowe mogą przewidywać rozmaite sposoby powoływania członków zarządu. Spośród możliwych metod można wskazać

⁸⁶ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 188.

⁸⁷ Na podstawie art. 26 ust. 1 Prawa o stowarzyszeniach.

w szczególności na powołanie przez określone organy fundacji, wskazanie przez uprawnione osoby, losowanie czy też powołanie przez osoby trzecie. Za dopuszczalne należy przy tym uznać zastosowanie metod mieszanych, przewidujących różne formy wyboru członków zarządu w stosunku do każdego lub niektórych z nich⁸⁸.

W praktyce często występującym rozwiązaniem jest zastrzeżenie sobie przez fundatora prawa do wyboru członków zarządu⁸⁹. Taki mechanizm należy uznać za oczywisty, bowiem poprzez wpływ na skład organów fundacji zachowuje on możliwość wywierania wpływu na działalność fundacji oraz realizację jej celu, na który fundator przeznaczył określone środki majątkowe⁹⁰.

Istotna z punktu widzenia omawianego zagadnienia jest dopuszczalność statutowego przyznania osobom trzecim czynnego prawa wyborczego do organów fundacji. Wskazanie w statucie osób upoważnionych do wyboru zarządu może być powiązane z posiadanym przez takie podmioty statusem lub pełnioną szczególną funkcją. Wykorzystanie mechanizmu wskazania osoby trzeciej uprawnionej do wyboru członków zarządu może przyjąć formę określenia jej jako reprezentant województwa, gminy lub Skarbu Państwa. Osobami uprawnionymi do powoływania zarządu mogą być przykładowo burmistrz, wojewoda, prezydent lub marszałek⁹¹.

Z powyższego wynika, że ustalenie wystąpienia przesłanki „prawa do powoływania ponad połowy członków organu nadzorczego lub zarządzającego” wymagać będzie każdorazowo analizy postanowień konkretnego statutu i rozwiązań w nim przyjętych w zakresie czynnego prawa wyborczego do władz fundacji. W tym miejscu zasadne jest wskazanie na treść art. 5 ust. 1 ustawy o fundacjach, zgodnie z którym to fundator ustala statut fundacji, określający między innymi skład i organizację zarządu, sposób powoływania oraz obowiązki i uprawnienia tego organu i jego członków. Doszukując się zatem uzasadnienia dla wystąpienia po stronie publicznych podmiotów omawianych uprawnień należy postawić pytanie, czy jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub inne podmioty prawa publicznego mogą występować w roli fundatorów fundacji i w tworzonym statucie wyposażać swoich reprezentantów w prawo do wyboru zarządu fundacji.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że status fundatora mogą posiadać zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne. Ustawa o fundacjach nie zawiera

⁸⁸ A. Kidyba [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, *op. cit.*, s. 78.

⁸⁹ W przypadku jednak zastosowania takiego mechanizmu wyboru członków zarządu, należy pamiętać o zawarciu w statucie postanowień regulujących zasady wyboru zarządu na wypadek śmierci fundatora lub likwidacji osoby prawnej będącej fundatorem. Brak takich postanowień może skutkować obowiązkiem likwidacji fundacji, z uwagi na brak możliwości wyboru zarządu.

⁹⁰ A. Kidyba [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach...*, *op. cit.*, s. 78.

⁹¹ *Idem*, s. 79-80.

przepisu określającego katalog osób prawnych, które mogą występować w roli fundatora. Przyjąć zatem należy, że uprawnienie do ustanowienia fundacji, objęte zakresem zdolności do czynności prawnych, zasadniczo przysługuje wszystkim osobom prawnym, a ewentualne ograniczenia w tym zakresie mogą mieć swoje źródło w przepisach regulujących ustrój danej osoby prawnej lub w jej statucie⁹².

Szczególnie istotnym zagadnieniem w omawianym problemie jest ograniczenie wynikające z art. 45 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, który stanowi, że ze środków publicznych nie można tworzyć fundacji na podstawie ustawy o fundacjach⁹³. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest zakaz tworzenia fundacji przez Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego oraz inne jednostki zaliczane do sektora finansów publicznych⁹⁴. Zgodnie z wyjaśnieniem Ministra Finansów z dnia 5 maja 2006 r.⁹⁵, zakaz ten obejmuje zarówno wnoszenie środków publicznych do majątku ustanawianej fundacji, jak również zwiększania funduszu założycielskiego fundacji już istniejącej. Jednostka samorządu terytorialnego może przekazać fundacji środki publiczne wyłącznie w sytuacji, gdy realizuje ona zlecone zadania publiczne.

W latach 90. mechanizm ustanawiania fundacji w celu realizacji zadań publicznych był stosunkowo często wykorzystywany zarówno przez Skarb Państwa, jak i jednostki samorządu terytorialnego. Wskazać przy tym należy, że niektóre spośród takich fundacji funkcjonują do dziś⁹⁶. Zgodnie z Informacją o wynikach kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli, w latach 1999-2004 nadal funkcjonowało 40 fundacji, wobec których fundatorem był Skarb Państwa oraz 117 fundacji utworzonych przez jednostki sektora finansów publicznych, w tym 92 przez jednostki samorządu terytorialnego⁹⁷.

⁹² P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 370.

⁹³ Na podstawie ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 15 poz. 148) zakaz tworzenia fundacji dotyczył wyłącznie Skarbu Państwa (zob. art. 23 ustawy). Dopiero ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249 poz. 2104) wprowadziła ogólny zakaz tworzenia fundacji ze środków publicznych (zob. art. 30 ustawy). Obecnie obowiązujący akt prawny doprecyzował omawiane ograniczenie, wskazując, że odnosi się ono wyłącznie do tworzenia fundacji na podstawie ustawy o fundacjach.

⁹⁴ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 370-371.

⁹⁵ ST1 4834-241/06/346, http://rio.opole.pl/download/attachment/2484/pismo_mf_2006-05-05.pdf [dostęp: 01.11.2018 r.].

⁹⁶ M. Bitner [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. W. Misiąg, A. Nowak-Far, Warszawa 2015, s. 166.

⁹⁷ Najwyższa Izba Kontroli. Departament Gospodarki, Skarbu Państwa i Prywatyzacji, Informacja o wynikach kontroli Tworzenie i działalność fundacji, których fundatorami są Skarb Państwa lub jednostki sektora finansów publicznych, Warszawa 2006, s. 14.

Wprowadzenie zakazu wykorzystywania środków publicznych do tworzenia fundacji uzasadnione było często występującym w praktyce funkcjonowania instytucji publicznych nadużywaniem organizacyjno-prawnej formy fundacji do wykonywania zadań publicznych, których realizacja powinna następować przez organy administracji oraz w ramach ich budżetu⁹⁸. Z uwagi na fakt niezaliczania fundacji tworzonych ze środków publicznych do katalogu jednostek sektora finansów publicznych, przyjęć należy, że taka fundacja funkcjonowałaby praktycznie poza tym sektorem i jako podmiot prawa prywatnego, w momencie jej ustanowienia, wykroczyłaby poza zakres obowiązywania zasad gospodarki finansowej, obowiązujących w sektorze finansów publicznych. Potencjalnie sytuacja taka mogłaby stanowić podstawę do przepływu środków publicznych poza sektor, pociągając za sobą znaczące utrudnienia w zakresie sprawowania kontroli⁹⁹.

Wynikający z art. 45 ustawy o finansach publicznych zakaz należy uznać za słuszny. W sytuacji bowiem, gdy z punktu widzenia organów publicznych powstanie potrzeba ustanowienia nowej fundacji, przy wykorzystaniu środków publicznych, wskazany przepis takiej możliwości nie wyklucza. Ewentualne utworzenie fundacji powiązane jest z obowiązkiem uchwalenia odrębnej ustawy, na mocy której fundacja byłaby ustanowiona, co wywołuje pozytywne konsekwencje w postaci efektywnej kontroli w zakresie wyposażania takich podmiotów w majątek oraz środki finansowe, jak również daje gwarancję nienamnażania podmiotów takiego rodzaju¹⁰⁰.

Należy jednak mieć na uwadze, iż wyrażona w art. 45 ustawy o finansach publicznych norma nie jest tożsama z zakazem tworzenia fundacji przez jednostki zaliczane do sektora finansów publicznych, obejmuje ona jedynie zakaz ich ustanawiania ze środków publicznych. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na treść art. 3 ust. 2 i 3 ustawy o fundacjach, w myśl których w oświadczeniu woli o ustanowieniu fundacji fundator powinien wskazać cel fundacji oraz składniki majątkowe przeznaczone na jego realizację, którymi mogą być pieniądze, papiery wartościowe, a także oddane fundacji na własność rzeczy ruchome i nieruchomości¹⁰¹.

Wydaje się prawidłowe stwierdzenie, że Skarb Państwa oraz jednostki samorządu terytorialnego, jako osoby prawne, mogą tworzyć fundacje na podstawie ustawy o fundacjach, które jednak nie mogą zostać wyposażone w środki publiczne. Jednocześnie jednak przyjęć należy, że istnieje możliwość wyposażenia takiej fundacji w rzeczowe składniki majątkowe, które należą do jednostki samorządu

⁹⁸ Szerzej zob. L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 223-224.

⁹⁹ B. Kucia-Guściora [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. P. Smoleń, Warszawa 2012, s. 379.

¹⁰⁰ *Idem*, s. 379.

¹⁰¹ M. Bitner [w:] *Ustawa o finansach..., op. cit.*, s. 166.

terytorialnego¹⁰². Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami¹⁰³, nieruchomości mogą być przekazywane jako majątek ustanawianych fundacji.

Zagadnienie wystąpienia po stronie jednostek sektora finansów publicznych, innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub podmiotów prawa publicznego uprawnienia do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego fundacji lub stowarzyszenia jest szczególnie problematyczne w przypadku stowarzyszeń. Stanowią one bowiem przykład osób prawnych typu korporacyjnego i z uwagi na zasady ustrojowe takich jednostek, ustalenie możliwości wystąpienia takich stanów faktycznych sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy osoby prawne i tzw. ułomne osoby prawne mogą uzyskać status członka stowarzyszenia, który będzie wyposażony w czynne prawo wyborcze do władz stowarzyszenia¹⁰⁴.

W zestawieniu z zakresem prawa członkostwa w stowarzyszeniach przysługującego osobom fizycznym, w stosunku do osób prawnych ustawodawca wprowadził daleko idące ograniczenia tego uprawnienia¹⁰⁵. Wskazać należy, że regulacja ustawy – Prawo o stowarzyszeniach w zakresie członkostwa osób prawnych¹⁰⁶ stanowi źródło licznych wątpliwości. Omawianego zagadnienia dotyczą bezpośrednio wyłącznie dwa przepisy¹⁰⁷. Pierwszym z nich jest art. 10 ust. 3, który stanowi, że osoba prawna może być wyłącznie wspierającym członkiem stowarzyszenia. Zgodnie natomiast z art. 22 ustawy, stowarzyszenia¹⁰⁸ mogą założyć związek stowarzyszeń. Do powstałego związku przepisy ustawy znajdują odpowiednie zastosowanie. Założycielami i członkami związku mogą być także inne osoby prawne,

¹⁰² R. Trykozko, *Ustawa o finansach...*, *op. cit.*, s. 103-104.

¹⁰³ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 121.

¹⁰⁴ Zasadniczo przyjąć można, że zasady wyboru członków organów stowarzyszenia stanowią kwestię podlegającą pod zakres swobodnej regulacji statutu (por. art. 10 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo o stowarzyszeniach). Jednak należy pamiętać, że najwyższą władzą stowarzyszenia jest walne zebranie członków (art. 11 ust. 1 ustawy) i zasadniczo to do niego powinno należeć zadanie wyboru zarządu. Zdaniem P. Suskiego, z wykładni art. 30 ust. 2 ustawy wynika, że zarząd wybierany jest przez walne zebranie członków (zebranie delegatów). Zob. P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 204.

¹⁰⁵ Ustawa wprost wskazuje, że osoby prawne nie mogą być członkami stowarzyszeń zwykłych (por. art. 42 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo o stowarzyszeniach).

¹⁰⁶ W zakresie tzw. ułomnych osób prawnych, a więc jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, określonych w art. 33¹ KC, należy wskazać, że ustawa - Prawo o stowarzyszeniach nie reguluje omawianego zagadnienia. Przyjąć jednak należy, że uwagi dotyczące osób prawnych zasadniczo znajdować będą zastosowanie również w stosunku do wskazanych jednostek. Tak: P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 233.

¹⁰⁷ Obok wskazanego art. 42 ust. 1 pkt 2 ustawy.

¹⁰⁸ W liczbie co najmniej trzech.

jednak ustawa wskazuje, że osoby prawne posiadające cele zarobkowe mogą być wyłącznie członkami wspierającymi.

W stosunku do związków stowarzyszeń, zagadnienie uprawnienia podmiotów publicznych do powoływania ponad połowy składu określonych organów, przedstawia się w sposób stosunkowo oczywisty. W związku z wyraźnym wskazaniem przez ustawodawcę uprawnienia po stronie osób prawnych do zrzeszania się w takich jednostkach, można stwierdzić, że przypadki członkostwa podmiotów publicznych w omawianych związkach mogą wystąpić w praktyce. Z faktem członkostwa natomiast należy wiązać uprawnienie do wywierania wpływu na skład organów. Art. 22 ustawy odnosi się bowiem generalnie do osób prawnych, nie wprowadzając rozróżnienia na publiczny lub prywatny charakter jednostki¹⁰⁹. Jedyne ograniczenie dotyczy osób prawnych o zarobkowych celach działalności, jednak z punktu widzenia omawianego wątku jest to kwestia marginalna.

Znacznie bardziej problematyczne jest zagadnienie członkostwa osób prawnych w stowarzyszeniach zarejestrowanych. Źródłem szczególnych wątpliwości w praktyce jest sposób regulacji kwestii członkostwa wspierającego. Ustawa bowiem nie definiuje tego pojęcia i nie wskazuje na różnice pomiędzy taką formą członkostwa a członkostwem zwykłym¹¹⁰. W doktrynie zauważalny jest brak jednolitego stanowiska odnośnie do charakteru członkostwa wspierającego, a w szczególności zakresu uprawnień z nim związanych. Zdaniem M. Dzbeńskiej i M. Sztekier-Łabuszewskiej, podstawowe zadanie członka wspierającego sprowadza się do pozyskiwania sponsorów, w celu materialnego wsparcia stowarzyszenia. Autorki wskazują, że członkostwo wspierającego wiąże się z brakiem zarówno biernego, jak i czynnego prawa wyborczego do władz jednostki, które to uprawnienia zagwarantowane są wyłącznie dla członków zwykłych¹¹¹.

Znacznie częściej spotykane jest jednak bardziej liberalne podejście do danej kwestii. Zakłada ono, że określenie zakresu uprawnień i obowiązków związanych z członkostwem wspierającym należy do właściwości przede wszystkim członków założycieli, a później odpowiednich władz stowarzyszenia. Zasadniczo więc charakter członkostwa wspierającego stanowi przedmiot swobodnej regulacji postanowień statutu. Zdaniem A. Kidyby, dopuszczalne jest, aby uprawnienia członków zwykłych oraz członków wspierających uregulowane były w statucie w sposób analogicz-

¹⁰⁹ Członkiem związku stowarzyszeń mogą być np. jednostki samorządu terytorialnego. Tak: P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 181.

¹¹⁰ Taki rodzaj członkostwa w stowarzyszeniu jest zasadą, ustawa jednak ogranicza możliwość uzyskania tej kategorii członkostwa wyłącznie do osób fizycznych. Zob. art. 3 i 4 ustawy.

¹¹¹ M. Dzbeńska, M. Sztekier-Łabuszewska [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Jan-son, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje...*, *op. cit.*, s. 433.

ny¹¹². Również P. Suski aprobuje możliwość ustalenia w statucie tożsamesego katalogu praw i obowiązków wobec obu kategorii członków. Dodatkowo wskazuje jednak, że z nazwy omawianego rodzaju członkostwa wynika obowiązek wspierania stowarzyszenia. Forma wsparcia może być dowolna, najczęściej jednak będzie to wsparcie o materialnym charakterze, przykładowo poprzez darowizny pieniężne, użyczenia lokalu, środków transportu lub sprzętu biurowego¹¹³. Podobnie w tej kwestii wypowiada się M. Wierzbowski, zezwalając na swobodne określenie w statucie uprawnień członków wspierających, jednak jest on zwolennikiem zachowania pewnego zakresu różnic pomiędzy członkostwem zwykłym a wspierającym. Trafnie zakłada, że zamiarem ustawodawcy było zasygnalizowanie konieczności rozróżnienia obu kategorii członków, pozostawiając jednak statutowi określenie konkretnych odmienności, co należy ocenić za zgodne z zasadą samorządności stowarzyszeń¹¹⁴.

Z uwagi na dominujące w literaturze stanowisko, w praktyce funkcjonowania stowarzyszeń często dochodzi do statutowego zatarcia różnic pomiędzy członkami zwykłymi a wspierającymi¹¹⁵. Wydaje się, iż aprobowana swoboda statutu w tym zakresie może prowadzić do wystąpienia omawianego stosunku zależności od podmiotów publicznych w postaci prawa do powoływania ponad połowy składu zarządu lub organu nadzorczego. Wnioskować można, że dopuszczalne jest członkostwo wspierające określonych podmiotów publicznych, w tym jednostek sektora finansów publicznych lub innych podmiotów prawa publicznego. W szczególności omawiana forma zrzeszenia się w stowarzyszeniu zarejestrowanym jest dopuszczalna wobec jednostek samorządu terytorialnego¹¹⁶. W sytuacji natomiast wyposażenia wspierających członków, na mocy postanowień statutu, w czynne prawo wyborcze do władz stowarzyszenia może dojść do spełnienia omawianej przesłanki, w następstwie czego stowarzyszenie uzyska status podmiotu prawa publicznego.

Dodatkowo, należy wskazać, że przepisy ustaw szczególnych mogą przewidywać odstępstwa od przedstawionych zasad członkostwa osób prawnych w stowarzyszeniach. Przykładowo, zgodnie z art. 6 ustawy o sporcie, status założyciela, a więc także członka, związku sportowego¹¹⁷ mogą posiadać kluby sportowe, które działają jako osoby prawne¹¹⁸. Należy ponadto zaznaczyć, że na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o sporcie, członkiem polskiego związku sportowego może być klub

¹¹² A. Kidyba, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 75-76.

¹¹³ P. Suski, *Stowarzyszenia i fundacje...*, *op. cit.*, s. 233.

¹¹⁴ M. Wierzbowski, *Nowe...*, *op. cit.*, s. 16.

¹¹⁵ M. Wierzbowski, *Nowe...*, *op. cit.*, s. 16.

¹¹⁶ P. Suski, *Stowarzyszenia...*, *op. cit.*, s. 181.

¹¹⁷ Związek sportowy działa w formie stowarzyszenia lub związku stowarzyszeń (art. 6 ust. 2 ustawy o sporcie).

¹¹⁸ Art. 3 ust. 2 ustawy o sporcie.

sportowy, związek sportowy oraz inna osoba prawna, której statut, umowa albo akt założycielski przewiduje prowadzenie działalności w danym sporcie. Z kolei, art. 24 ust. 1 ustawy stanowi, że Polski Komitet Olimpijski jest związkiem stowarzyszeń zrzeszającym polskie związki sportowe oraz inne osoby prawne, jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub osoby fizyczne, związane z narodowym ruchem olimpijskim. Na szczególne podkreślenie zasługują w tym kontekście przepisy ustawy z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej¹¹⁹. W myśl art. 4 ust. 2, do tworzenia i działania regionalnych i lokalnych organizacji turystycznych stosuje się przepisy Prawa o stowarzyszeniach. Ustawa wprowadza istotną regulację szczególną, stanowiąc w pkt. 1 danego przepisu, że członkami takich organizacji mogą być zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne, w tym jednostki samorządu terytorialnego¹²⁰.

Podsumowując, należy podkreślić, że przesłanka w postaci prawa podmiotów publicznych do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego stowarzyszenia może w praktyce funkcjonowania takich jednostek być spełniona. Wynika to w szczególności z ubogiej regulacji Prawa o stowarzyszeniach w zakresie pojęcia członka wspierającego i związanego z tym szerokiego zakresu swobody postanowień statutu. Na zakończenie należy rozważyć problem dopuszczalności spełnienia omawianej przesłanki w sposób pośredni. Mianowicie, czy możemy mówić o obowiązku zamówieniowym stowarzyszenia w sytuacji, gdy większość jego członków, osób fizycznych, wykazuje powiązanie z określonymi podmiotami publicznymi np. stosunkiem pracy? Można bowiem zakładać, że w takim przypadku, za pośrednictwem innych podmiotów, powstanie po stronie publicznych jednostek prawo do znaczącego wywierania wpływu na skład organów stowarzyszenia. Wydaje się jednak, że kwalifikacja takiego przykładu jako sytuacji aktywizującej obowiązek zamówieniowy stowarzyszenia byłaby błędem. Nałożenie publicznoprawnych obowiązków co do wydatkowania środków w takim przypadku, powołując się na pośrednie wystąpienie stosunku zależności, należy uznać za środek nieproporcjonalny. Stanowiłoby to zbyt daleko idące ograniczenie konstytucyjnej swobody zrzeszania się, przy jednoczesnym znikomym uzasadnieniu z perspektywy funkcji i celów systemu zamówień publicznych. W szczególności zaś ryzyko, że takie stowarzyszenie będzie w toku dokonywania zakupów kierowało się innymi kryteriami niż czysto gospodarcze jest zbyt nieuchwytnie.

¹¹⁹ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 563.

¹²⁰ Szerzej. zob. M. Bendorf-Bundorf, *Członkostwo...*, *op. cit.*, s. 35-49.

4.2. Zasady wydatkowania środków przy przedmiotowym wyłączeniu obowiązku zamówieniowego

Ustalenie istnienia obowiązku przestrzegania procedur uregulowanych w ustawie – Pzp obejmuje w pierwszej kolejności ocenę czy podmiot, który zamierza dokonać zakupu zaliczany jest do jednej z kategorii zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 ustawy. Należy jednak pamiętać, że pomimo podmiotowej kwalifikacji do grupy podmiotów zobowiązanych do przestrzegania ustawy, obowiązek zamówieniowy podlega każdorazowo ocenie z punktu widzenia przedmiotu planowanego zakupu. W przypadku bowiem konkretnego zakupu, może dojść do przedmiotowego wyłączenia obowiązku stosowania przepisów zamówieniowych¹²¹, na podstawie jednego z wyłączeń określonych w art. 4 Pzp. Do najważniejszych z nich należy wyłączenie obowiązku udzielania zamówień z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia nie przekraczającą 30 tys. euro.

W przypadku najliczniejszej w praktyce grupy zamawiających, tj. jednostek sektora finansów publicznych, przedmiotowe wyłączenie obowiązku stosowania Pzp nie oznacza swobody w wydatkowaniu środków. Jednostki sektora finansów publicznych zobowiązane są do przestrzegania dyscypliny finansów publicznych, w szczególności zastosowanie do takich zakupów znajdzie art. 44 ustawy o finansach publicznych, który reguluje zasady dokonywania wydatków publicznych. Zgodnie z ustępem 3 tego przepisu, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz zasady optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Dodatkowo, ustawa wymaga wydatkowania środków publicznych w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, z uwzględnieniem wysokości wydatków oraz terminów wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Jednostki sektora finansów publicznych, dokonując zakupów nieobjętych obowiązkiem stosowania Prawa zamówień publicznych mają więc obowiązek zachowania szczególnej dbałości o środki publiczne. Skutecznym instrumentem prowadzącym do realizacji tego postulatu wydaje się wprowadzenie przez kierownika jednostki wewnętrznego regulaminu udzielania zamówień publicznych, do których przepisy Prawa zamówień publicznych nie znajdują zastosowania¹²². Warto zaznaczyć, że Urząd Zamówień Publicznych opracował wzor-

¹²¹ Do wyłączenia obowiązku zamówieniowego z uwagi na przedmiot zamówienia może również dojść w wyniku stwierdzenia braku jednego z niezbędnych elementów zamówienia, w szczególności braku odpłatności umowy. Szerzej zob. rozdział 2 monografii.

¹²² Pomimo, iż nie ma przepisu, który w sposób bezpośredni wprowadzałby obowiązek stworzenia takiego regulaminu, wydaje się, że w wyniku analizy przepisów regulujących zasady

cowy regulamin udzielania zamówień publicznych o wartości nieprzekraczającej kwoty wskazanej w art. 4 pkt 8 Pzp¹²³.

Należy jednak się zastanowić, jak kształtuje się obowiązek zamówieniowy fundacji i stowarzyszeń, które posiadają status podmiotu prawa publicznego, jednak na podstawie art. 4 ustawy spotykają się z wyłączeniem obowiązku przestrzegania Prawa zamówień publicznych. Jednostki takie nie są zaliczane do sektora finansów publicznych, z czego można wnioskować, że wskazane ogólne zasady dokonywania wydatków publicznych nie będą miały do nich zastosowania.

Ustawodawca wprowadził jednak regulację, która w przedstawionych sytuacjach chroni interes publiczny, który może być zagrożony przy wydatkowaniu publicznych środków. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, obowiązek przestrzegania regulacji ustawy, obok jednostek zaliczanych do sektora finansów publicznych, spoczywa na wszelkich innych podmiotach w zakresie, w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują takimi środkami¹²⁴. Wskazać przy tym należy, że ustawa o finansach publicznych znajduje zastosowanie do podmiotów innych niż jednostki sektora finansów publicznych wyłącznie w sytuacji, gdy jej przepisy bezpośrednio regulują obowiązki takich podmiotów. Obowiązek przestrzegania ustawowych zasad wydatkowania środków nie będzie tym samym związany z każdym przejawem wykorzystywania środków publicznych, lecz jedynie z takim, które cechuje powiązanie z określonym obowiązkiem wynikającym z ustawy o finansach publicznych. Przykładowo można wskazać na wynikający z art. 169 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o finansach publicznych obowiązek zwrotu dotacji, w przypadku wykorzystania jej niezgodnie z przeznaczeniem lub pobrania dotacji nienależnie lub w nadmiernej wysokości¹²⁵.

Takie stanowisko ustawodawcy ugruntowuje art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają rów-

gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych oraz wymagań w stosunku do kierownika jednostki w zakresie kontroli zarządczej, należy uznać zasadność wprowadzenia takiej regulacji; szerzej zob. M. Winiarz, *Zamówienia publiczne o wartości poniżej 14 tysięcy Euro w jednostkach oświaty*, Wrocław 2011, s. 107 i n.

¹²³ Dokument dostępny na stronie internetowej UZP, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/wzorcowe-dokumenty> [dostęp: 01.11.2018 r.].

¹²⁴ Wprowadzenie na grunt ustawy o finansach publicznych takiej regulacji miało przede wszystkim na celu rozstrzygnięcie istniejącego w doktrynie oraz orzecznictwie sporu w zakresie dopuszczalności pociągania do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podmiotów niezaliczanych do sektora finansów publicznych, tak: L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach...*, *op. cit.*, s. 39.

¹²⁵ A. Mierzwa [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. P. Smoleń, Warszawa 2012, s. 85-87.

niez osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami. Odpowiedzialność takich osób jest jednak ograniczona wyłącznie do naruszeń dyscypliny bezpośrednio związanych z otrzymywaną dotacją ze środków publicznych. Nie można w przypadku podmiotów prywatnych mówić o odpowiedzialności w ujęciu szerokim, na wzór odpowiedzialności jednostek sektora finansów publicznych. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy, mogą one ponosić odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny polegające w szczególności na wydatkowaniu środków dotacji niezgodnie z przeznaczeniem, zaniechaniu rozliczenia dotacji lub niedokonaniu jej zwrotu¹²⁶. Można więc przyjąć, że jedynym naruszeniem dyscypliny finansów, którego może się dopuścić fundacja lub stowarzyszenie, oraz zostać pociągnięta do odpowiedzialności, jest naruszenie określone w art. 9 ustawy¹²⁷.

Analogiczne wnioski wyciągnął WSA w Warszawie¹²⁸, który postawił tezę, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych związana jest z faktem dysponowania środkami publicznymi, w przypadkach, gdy dana jednostka środki takie otrzymuje w formie przewidzianej przez ustawę o finansach publicznych. Najczęstszy przypadek stanowić będzie otrzymanie środków w drodze dotacji. Przyjęcie szerokiej interpretacji odpowiedzialności wszystkich osób gospodarujących środkami publicznymi przekazanymi jednostkom spoza sektora finansów publicznych bynajmniej nie oznacza powszechności tej odpowiedzialności. Ta miałaby miejsce wtedy, gdy odnosiłaby się do każdej osoby, której przekazane zostały środki publiczne (np. także w formie wynagrodzenia, świadczenia, zapłaty za usługi).

Podsumowując, fundacje lub stowarzyszenia, które posiadają status podmiotu prawa publicznego, w przypadku zawierania umów w przedmiocie nabycia dostaw, usług lub robót budowlanych, do których przepisy Prawa zamówień publicznych nie znajdują zastosowania na podstawie art. 4 ustawy, doznają ograniczenia swobody kontraktowania wyłącznie w przypadku, gdy wykorzystują środki publiczne. Bezpośrednim źródłem tego ograniczenia będą w szczególności odpowiednie

¹²⁶ Szerzej zob. Uzasadnienie do projektu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, druk sejmowy nr 1958, s. 7-8.

¹²⁷ Zgodnie z tym przepisem, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest: wydatkowanie dotacji niezgodnie z przeznaczeniem określonym przez udzielającego dotację; nierozliczenie w terminie otrzymanej dotacji; niedokonanie w terminie zwrotu dotacji w należnej wysokości.

¹²⁸ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 września 2007 r., sygn. akt V SA/Wa 495/07, Legalis Nr 273139.

zapisy umowy dotacyjnej, które określają cel, sposób oraz termin wydatkowania środków. Zgodnie natomiast z art. 3 ust. 3 Pzp, podmioty publiczne¹²⁹, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Przyjąć zatem można, że mechanizm ochrony interesu publicznego przyjmuje w takich przypadkach formę ochrony incydentalnej, immanentnie powiązanej z konkretnym źródłem finansowania działalności, tj. konkretnej dotacji z budżetu publicznego.

Zasadna wydaje się również ocena sytuacji, w której fundacja lub stowarzyszenie - podmiot prawa publicznego, zawiera umowy o wartości nieprzekraczającej progu stosowania ustawy, jednak nie wydatkuje przy tym środków publicznych. Przykładem takiej sytuacji mogą być zakupy dokonywane przez fundację lub stowarzyszenie, które uzyskały status zamawiającego w związku ze spełnieniem przesłanki zależnościowej innej niż o charakterze finansowym¹³⁰. Wydaje się, że stwierdzenie w tym przypadku zasadniczego braku ograniczeń¹³¹ w swobodzie dokonywania zakupu należy uznać za uzasadnione z punktu widzenia postulatu ochrony interesu publicznego i tym samym zgodne z zasadą proporcjonalności. Przyjąć bowiem należy, że takie czynniki, jak w szczególności stosunkowo niska wartość przedmiotu zakupu oraz brak wydatkowania środków publicznych nakazują ocenić taki stan faktyczny jako obojętny z perspektywy funkcji systemu zamówień publicznych. Do podobnych wniosków dojdziemy analizując dane zagadnienie przez pryzmat zasad rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Zasadniczo bowiem, z uwagi na znikomą wartość dokonywanego zakupu, założyć można potencjalnie niskie zainteresowanie ze strony wykonawców z innych państw członkowskich. Należy jednak pamiętać, że zasady wynikające z prawa pierwotnego Unii Europejskiej¹³² znajdują zastosowanie niezależnie od faktu, czy dany zakup podlega pod krajowe regulacje z zakresu zamówień publicznych.

4.3. Podsumowanie

Legalną definicję podmiotu prawa publicznego określa art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, obowiązek stosowania ustawy spoczywa na wyposażonych w oso-

¹²⁹ Posiadające status zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 Pzp.

¹³⁰ W wyniku stwierdzenia po stronie podmiotu publicznego prawa do sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym danej jednostki lub prawa do powoływania ponad połowy składu jej zarządu lub organu nadzorczego.

¹³¹ W charakterze obowiązku zamówieniowego.

¹³² W szczególności zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz poszczególne swobody.

bowość prawną podmiotach, które zostały utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, które nie posiadają charakteru przemysłowego ani handlowego. Objęcie wydatków jednostki obowiązkiem przestrzegania procedur właściwych dla pomiotów sektora publicznego musi być uzasadnione wykazaniem istnienia odpowiedniego stopnia zależności od określonych zamawiających. Status podmiotu prawa publicznego jest bowiem uzależniony od stwierdzenia, że jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub inne podmioty prawa publicznego pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot, w szczególności: finansują taki podmiot w ponad 50% lub sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Ustawa wskazuje, że status podmiotu prawa publicznego uzależniony jest dodatkowo od stwierdzenia, że dana jednostka nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, a jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności. Interpretacja znaczenia tego pojęcia oraz analiza poszczególnych przesłanek uznania za podmiot prawa publicznego powinna następować w oparciu o orzecznictwo TSUE w tym zakresie.

Zarówno przesłanka posiadania osobowości prawnej, jak i warunek dotyczący charakteru wykonywanej działalności wydają się nie budzić wątpliwości w odniesieniu do fundacji i stowarzyszeń. Należy jednak pamiętać, że w przypadku stowarzyszeń szczegółowa analiza przepisów regulujących strukturę organizacyjną takich podmiotów, w zakresie dotyczącym tworzonych oddziałów, prowadzić może do interesujących rozważań. W przypadku stowarzyszeń wątpliwości budzić może również przesłanka celu utworzenia podmiotu prawa publicznego w zakresie warunku powszechności zaspokajanych potrzeb.

Fundacje lub stowarzyszenia mogą zostać zobowiązane do przestrzegania przepisów ustawy przy dokonywaniu wydatków w sytuacji, gdy wykazują odpowiedni stopień zależności od wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp podmiotów publicznych. Z praktycznego punktu widzenia najistotniejszą przesłankę o charakterze zależnościowym stanowi przesłanka finansowania podmiotu w ponad 50% przez wskazane podmioty publiczne. Należy przy tym pamiętać, że z finansowaniem w omawianym znaczeniu będziemy mieli do czynienia wyłącznie w sytuacji przekazywania środków na zasadach wsparcia podmiotu jako całości, na jego ogólne funkcjonowanie. Wyłączona powinna być motywacja w postaci interesu ekonomicznego podmiotu dokonującego finansowania.

W tym kontekście podkreślić należy, że uzyskanie przez fundację lub stowarzyszenie środków w ramach odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych pozostaje bez znaczenia dla powstania po stronie takich podmiotów obowiązku stosowania procedur zamówieniowych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Znacznie bardziej kontrowersyjne wydają się być wyniki przeprowadzonej analizy statusu zamawiającego w przypadku fundacji i stowarzyszeń, które otrzymują środki w ramach dotacji celowych na realizację zadań publicznych. Podjęta polemika z poglądem wyrażonym w opinii prawnej UZP wydaje się być uzasadniona, w szczególności z uwagi na zaprezentowaną linię orzeczniczą Trybunału. Tym samym zasadne jest stwierdzenie, że fundacje lub stowarzyszenia otrzymujące dotację na realizację zadania publicznego powinny być traktowane analogicznie jak „usługi publiczne, które otrzymują od państwa subwencję za wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym”. Oznacza to, że otrzymywane w ramach dotacji środki powinny przesądzić o obowiązku stosowania Pzp, gdy ich poziom przekroczy 50% ogólnego budżetu jednostki.

W odniesieniu do przesłanki sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym, stwierdzić należy, że formy nadzoru uregulowane w ustawie o fundacjach oraz Prawie o stowarzyszeniach nie mogą stanowić podstawy do uznania fundacji lub stowarzyszenia za podmiot prawa publicznego. Jednak nie jest możliwe jednoznaczne wykluczenie możliwości wystąpienia nadzoru ze strony określonych podmiotów publicznych, w szczególności z uwagi na przyjętą przez ustawodawcę metodę regulacji w zakresie ustroju i wewnętrznej struktury fundacji i stowarzyszeń. W przypadku bowiem obu kategorii podmiotów, statut stanowi szczególną podstawę funkcjonowania. Zasadniczo więc, nie można wykluczyć sytuacji, w której treść statutu fundacji lub stowarzyszenia zawierać będzie postanowienia, na podstawie których po stronie określonego podmiotu publicznego powstanie uprawnienie do wywierania wpływu na ich zarząd.

Postanowienia statutu posiadać mogą decydujące znaczenie również w zakresie przesłanki prawa do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. W przypadku fundacji, postanowienia statutu mogą dowolnie określać zasady wyboru członków zarządu lub organu nadzorczego, w szczególności brak jest ustawowego ograniczenia co do możliwości wyposażenia podmiotów trzecich w czynne prawo wyborcze do wskazanych organów fundacji. Omawiana przesłanka budzi szczególne wątpliwości w przypadku stowarzyszeń, z uwagi na ich charakter osób prawnych typu korporacyjnego. Kluczowym zagadnieniem jest bowiem kwestia dopuszczalności członkostwa osób prawnych w stowarzyszeniach oraz związanego z nim czynnego prawa wyborczego do jego organów. Zasadne wydaje się stwierdzenie, że przesłanka w postaci prawa podmiotów publicznych do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego stowarzyszenia może w praktyce funkcjonowania takich jednostek być spełniona. Wynika to w szczególności z ubogiej regulacji Prawa o stowarzyszeniach w zakresie pojęcia członka wspierającego i związanego z tym szerokiego zakresu swobody postanowień statutu.

Należy również pamiętać, że fundacje lub stowarzyszenia, które posiadają status podmiotu prawa publicznego, w przypadku nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych, do których przepisy Pzp nie znajdują zastosowania na podstawie art. 4 ustawy, doznają ograniczenia swobody kontraktowania wyłącznie w przypadku, gdy wykorzystują środki publiczne.

ROZDZIAŁ V

OBOWIĄZEK UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PRZEZ FUNDACJE I STOWARZYSZENIA NIEPOSIADAJĄCE STATUSU PODMIOTU PRAWA PUBLICZNEGO

5.1. Zamówienia finansowane w większości przez podmioty publiczne

5.1.1. Znaczenie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp dla fundacji i stowarzyszeń

Podmiotowy zakres obowiązywania Prawa zamówień publicznych obejmuje fundacje lub stowarzyszenia nie tylko w przypadkach, w których wypełniają one przesłanki uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego i zostają zobowiązane do przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Obowiązek wykorzystywania publicznoprawnych procedur wydatkowania środków przez fundacje i stowarzyszenia może dodatkowo powstać na podstawie przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zarówno art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, jak i omawiany pkt 5 określają kategorie zamawiających warunkowych, których zobowiązanie zamówieniowe uzależnione jest od spełnienia określonych w ustawie warunków, przy czym charakter przesłanek aktywizacji obowiązku zamówieniowego na podstawie wskazanych przepisów zasadniczo się różni. Tym samym odmienny jest zakres funkcjonalnego powiązania obu regulacji ze społeczno-gospodarczym charakterem działalności fundacji i stowarzyszeń. Przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp można określić jako przesłanki o charakterze podmiotowym, które uzależniają powstanie obowiązku prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych od ustalenia określonych cech samego podmiotu, w szczególności o charakterze ustrojowym, zależnościowym oraz odnoszących się do charakteru prowadzonej działalności. Bez znaczenia natomiast przy stosowaniu danego przepisu są kwestie związane z przedmiotem udzielanych zamówień, takie jak ich wartość, bezpośrednie źródła finansowania, czy też przedmiotowa kategoryzacja do grupy dostaw, usług lub

robót budowlanych. Wskazane w pkt. 3 przesłanki w sposób idealny wpisują się w charakterystykę fundacji i stowarzyszeń jako organizacji funkcjonujących na pograniczu sektora prywatnego i publicznego. Z tego też względu analiza art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp wykazuje tak szczególne praktyczne znaczenie dla podmiotów działających w omawianych formach organizacyjno-prawnych.

Z drugiej strony, określone w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp przesłanki uzyskania statusu zamawiającego mają charakter wyłącznie przedmiotowy. Określają one cechy samego zamówienia publicznego, które będą implikować obowiązek zamówieniowy, jednak obejmujący wyłącznie konkretny zakup. Bez znaczenia przy stosowaniu omawianego przepisu pozostają natomiast kwestie związane z właściwościami samego podmiotu, wobec którego następuje stwierdzenie statusu zamawiającego, poza ogólnym wskazaniem, że muszą być to podmioty inne niż: jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmioty prawa publicznego, związki podmiotów lub zamawiający sektorowi¹.

Taka konstrukcja omawianego przepisu powoduje, że zakres jego praktycznego zastosowania do fundacji i stowarzyszeń nie będzie znacząco szerszy niż w stosunku do innych jednostek, które nie są objęte podmiotowym wyłączeniem. Pkt 5 znajduje bowiem zastosowanie do każdego zamówienia spełniającego określone w nim warunki, niezależnie od formy organizacyjno-prawnej podmiotu dokonującego danego zamówienia. To nie oznacza jednak, że w praktyce obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia na wskazanej podstawie prawnej nie powstanie. Dlatego też konieczne jest przeprowadzenie analizy tej przesłanki obowiązku przestrzegania procedur Prawa zamówień publicznych.

Należy jednak wskazać, że w dalszej części analizy art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp autor sporadycznie będzie odnosił swoje twierdzenia konkretnie do fundacji i stowarzyszeń, wprowadzając w to miejsce bardziej ogólne pojęcie podmiotu prywatnego. Taki zabieg wydaje się zasadny, w szczególności z uwagi na obawę ograniczenia prawidłowości stawianych tez wyłącznie do przypadków, w których obowiązek zamówieniowy podmiotowo dotyczy fundacji lub stowarzyszeń.

5.1.2. Przesłanki obowiązku zamówieniowego

Rozważania nad znaczeniem poszczególnych przesłanek obowiązku zamówieniowego powstającego na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp muszą być prowadzone z uwzględnieniem faktu, iż wskazany przepis stanowi transpozycję do polskiego

¹ Tj. inne niż podmioty określone w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp.

porządku prawnego treści art. 13 dyrektywy 2014/24/UE². Oznacza to, że podobnie jak w przypadku pojęcia podmiotu prawa publicznego, również w tym przypadku pomocne, a w niektórych kwestiach niezbędne będzie spojrzenie na daną materię przez pryzmat europejskiego porządku prawnego oraz orzecznictwa i poglądów doktryny europejskiego prawa zamówień publicznych. Wykładnia art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz precyzyjne ustalenie zakresu jego praktycznego zastosowania doznają istotnego utrudnienia w szczególności z uwagi na ubogie w wartość poznawczą wyjaśnienia ustawodawcy co do ratio legis omawianej kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów zamówieniowych. Z uzasadnienia do projektu ustawy wprowadzającej art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp w obowiązującej treści³ wynika jedynie, że konieczność nowelizacji ustawy – Pzp powstała w konsekwencji publikacji nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych⁴ i miała na celu dostosowanie krajowych regulacji do wytycznych wynikających z prawa Unii Europejskiej, w szczególności w zakresie katalogu podmiotów podlegających pod reżim zamówień publicznych.

Przepis art. 13 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że regulacje dyrektywy znajdują zastosowanie w przypadku udzielania:

- a) zamówień subsydiowanych w sposób bezpośredni w ponad 50 % przez instytucje zamawiające, których szacunkowa wartość bez podatku VAT jest równa lub większa niż 5 548 000 euro:
 - w przypadku gdy zamówienia te obejmują działalność z zakresu inżynierii lądowej i wodnej, w rozumieniu załącznika II do dyrektywy⁵,
 - w przypadku gdy zamówienia te obejmują prace budowlane w zakresie budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych, budynków szkolnych i uniwersyteckich oraz budynków wykorzystywanych do celów administracyjnych;
- b) zamówień na usługi, które związane są ze wskazanymi robotami budowlanymi i które analogicznie subsydiowane są w sposób bezpośredni w ponad 50% przez instytucje zamawiające, a ich szacunkowa wartość bez podatku VAT jest równa lub większa niż 221 000 euro.

² Dawny art. 8 dyrektywy 2004/18/WE.

³ Zob. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 19 października 2005 r., druk sejmowy nr 127.

⁴ Dyrektyw: 2004/18/WE oraz 2004/17/WE.

⁵ Zgodnie ze wskazanym załącznikiem czynności takie obejmują w szczególności:

- budowę mostów, wiaduktów, tuneli i kolei podziemnej,
- rurociągi, linie komunikacyjne i elektroenergetyczne,
- budowę dróg wodnych, portów i obiektów nadrzecznych, śluz,
- budowę zapór wodnych i kanałów.

Dyrektywa stanowi, że instytucje zamawiające przyznające takie subsydia mają obowiązek zapewnić przestrzeganie przepisów dyrektywy, w przypadku, gdy subsydiowanego zamówienia nie udzielają one same lub w przypadku, gdy udzielają takiego zamówienia w imieniu i na rzecz innych podmiotów.

Wydaje się, iż przed rozpoczęciem analizy poszczególnych przesłanek powstania obowiązku udzielania zamówień publicznych na podstawie wskazanego przepisu zasadne jest odniesienie się do przedstawionej wobec instytucji zamawiających wytycznej. Pozostała część jego treści doznała bowiem zasadniczo pełnego zaimplementowania do polskiej ustawy, natomiast wskazany fragment nie został uwzględniony w treści odpowiednich przepisów Prawa zamówień publicznych. Określona wytyczna wywołuje istotne konsekwencje w sytuacji prawnej podmiotów potencjalnie wypełniających jego przesłanki, w szczególności fundacji lub stowarzyszeń. W konsekwencji nałożenia na instytucje zamawiające obowiązku zapewnienia, że beneficjent subsydium wydatkować je będzie zgodnie z procedurami udzielania zamówień publicznych możemy mówić o swoistym przeniesieniu odpowiedzialności za działanie wbrew istniejącemu obowiązkowi zamówieniowemu. Beneficjent środków podlega ochronie przed zarzutem działania w nieświadomości prawa, ponieważ z treści dyrektywy wynika *expressis verbis*, że obowiązek ustalenia obowiązku przeprowadzenia postępowania zamówieniowego wobec określonego zakupu spoczywa na jednostce publicznej, która w odpowiednim zakresie partycypuje w niej finansowo. Wobec powyższego, przyjmując należy, że to na podmiocie przekazującym środki, a nie na ich beneficjencie ciąży powinność analizy spełnienia przesłanek art. 13 dyrektywy czy też art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp⁶. Ponadto wraz z przekazaniem środków na określone roboty lub usługi powinna zostać przekazana informacja o wynikach tej analizy, w szczególności w przypadku jej pozytywnego względem obowiązku zamówieniowego rezultatu.

Jak to zostało zasygnalizowane, w pozostałym zakresie postanowienia dyrektywy zostały niemal idealnie przeniesione na grunt krajowych regulacji Prawa zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, status zamawiającego uzyskują podmioty, które nie są zaliczane do kategorii podmiotów określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 danego przepisu, w przypadku kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

- udzielane przez nie zamówienie jest w ponad 50 % finansowane ze środków publicznych lub przez jednostki sektora finansów publicznych, inne pań-

⁶ J. Pawelec wprost wskazuje, że adresatami omawianej reguły nie są podmioty prywatne, lecz Państwa Członkowskie, które mają za zadanie zapewnić, że instytucje zamawiające przyznające subsydia będą dbały o przestrzeganie procedur zamówień publicznych. Por. J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, *op. cit.*, s. 117-118.

- stwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmioty prawa publicznego lub przez związki takich jednostek lub podmiotów,
- wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp,
 - przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej⁷, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Pierwsza z przesłanek dotyczy bezpośrednich źródeł finansowania danego zamówienia. Określone źródła można podzielić na źródła w ujęciu przedmiotowym oraz źródła w ujęciu podmiotowym. Przepis wskazuje bowiem, iż obowiązek przeprowadzenia postępowania zamówieniowego powstaje w przypadku, gdy w ponad 50% zamówienie finansowane będzie ze środków publicznych (ujęcie przedmiotowe) lub ze środków uzyskanych od wskazanych w przepisie podmiotów (ujęcie podmiotowe).

Druga przesłanka odnosi się do wartości udzielanego zamówienia i ogranicza praktyczne zastosowanie art. 3 ust i pkt 5 Pzp wyłącznie do zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Oznacza to, że omawiana przesłanka powstania obowiązku zamówieniowego, wystąpić może wyłącznie w przypadku zamówień o większej wartości, implikującej zastosowanie przepisów proceduralnych, których źródłem są zamówieniowe dyrektywy unijne. Na podstawie bowiem art. 11 ust. 8 Pzp wydane zostało rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Wskazane natomiast kwoty wartości zamówień w doktrynie określane są mianem progów unijnych, co wynika z faktu, iż w przypadku szacunkowej wartości zamówienia co najmniej równej wskazanym wartościom powstaje obowiązek przeprowadzenia postępowania zamówieniowego zgodnie z tzw. procedurą unijną. Oznacza to, że wraz z osiągnięciem progu unijnego dane zamówienie podlega pod procedurę zgodną z wytycznymi wynikającymi z dyrektyw europejskich. Dla zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp znaczenie będą miały wyłącznie dwie wartości zamówień, co wynika z przedmiotowego ograniczenia zastosowania danego przepisu jedynie do określonych robót budowlanych lub usług. W przypadku zatem

⁷ Określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE.

podmiotów funkcjonujących w formie fundacji lub stowarzyszenia⁸ obowiązek zamówieniowy na podstawie omawianego przepisu powstanie w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwotę 5 548 000 euro – w przypadku zamówień w przedmiocie robót budowlanych oraz kwotę 221 000 euro – odnośnie do zamówień na określone w przepisie usługi⁹.

Ostatnia z przesłanek warunkujących zastosowanie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp określa zamknięty katalog w zakresie przedmiotu zamówienia, który uzasadnia objęcie podmiotu prywatnego publicznoprawnymi procedurami wydatkowania środków. Wskazuje on na roboty budowlane oraz związane z nimi usługi, które obejmują wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną. Wydaje się uzasadniony wniosek, iż określone w omawianej przesłance roboty budowlane lub usługi wyselekcjonowane zostały na podstawie kryterium ich publicznego charakteru. Analogicznie wskazuje P. Trepte, który twierdzi, że zakresem obowiązku udzielania zamówień publicznych objęte są wyłącznie zamówienia na czynności, które dotyczą takich robót budowlanych lub związanych z nimi usług, które wykazują wymiar publiczny¹⁰.

5.1.3. Obowiązek zamówieniowy w ujęciu funkcjonalnym

Konstrukcja i treść przesłanki dotyczącej źródeł finansowania zamówienia mogą budzić wątpliwości z punktu widzenia funkcjonalnego ujęcia zobowiązania określonych podmiotów do przestrzegania procedur zamówień publicznych. W sytuacji, gdy określona robota budowlana lub związana z nią usługa finansowana jest w ponad połowie ze środków publicznych (ujęcie przedmiotowe) powstanie obowiązku zamówieniowego po stronie beneficjenta takich środków należy uznać za oczywiste i w pełni uzasadnione funkcją ochronną zamówień publicznych

⁸ Fundacje i stowarzyszenia należy zaliczyć do drugiej kategorii zamawiających określonych we wskazanym rozporządzeniu, a więc zamawiających innych niż jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub zamawiający sektorowi.

⁹ Zasadniczo przy określaniu wartości zamówienia publicznego niezbędne jest wykorzystanie odpowiedniego kursu euro, pozwalającego na dokładne przeliczenie jego wartości wyrażonej w polskiej walucie. Właściwy do tego celu jest kurs euro określony z rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów. Obecnie obowiązuje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2477).

¹⁰ P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa-Katowice 2006, s. 31.

w przedmiocie interesu publicznego realizowaną poprzez zasadę zapewnienia racjonalności wydatków publicznych.

Mniej klarowna wydaje się natomiast druga część treści przesłanki wskazująca na podmiotowe źródła finansowania robót budowlanych lub usług. Zgodnie z nią, warunek wymaganego publicznego finansowania danego zamówienia będzie spełniony również w przypadku stwierdzenia przekazywania na nie środków przez jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmioty prawa publicznego lub przez określone związki¹¹. Zastanović się należy nad zasadnością objęcia obowiązkiem przestrzegania Prawa zamówień publicznych nabywców robót budowlanych lub usług, w przypadku których następuje przekazanie środków przez inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmioty prawa publicznego lub przez ich związki. Środki pochodzące od takich podmiotów nie muszą bowiem posiadać charakteru środków publicznych. Jaki jest zatem cel nałożenia na ich beneficjenta obowiązku zamówieniowego?

W pierwszej kolejności należy wskazać, że taka konstrukcja omawianego przepisu wydaje się mieć na celu zapewnienie szczelności systemu zamówień publicznych. Powyższy wniosek wynika z faktu, iż jednostki określone w katalogu podmiotowych źródeł finansowania zamówienia samodzielnie posiadają status zamawiającego. Oznacza to, że niezależnie od statusu środków przez nie wydatkowanych, w sytuacji gdyby dokonywały przedmiotowego zamówienia¹² samodzielnie, taki zakup w sposób bezwzględny podlegałby obowiązkowi przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Dlatego też, przy założeniu większościowej partycypacji finansowej przy dokonywaniu danego zakupu zasadna wydaje się teza o rozpatrywaniu danego zamówienia w kategoriach ich własnego zakupu, podlegającego pod procedury właściwe dla podmiotu przekazującego środki. Pomimo, że nabycie określonych robót budowlanych lub usług nie następuje bezpośrednio przez określonych w przepisie zamawiających, lecz poprzez inny podmiot, omawiany przepis należy uznać za zasadny i niezbędny ze

¹¹ Należy podnieść, że wskazanie w tym miejscu jednostek sektora finansów publicznych oraz ich związków w roli dysponentów środków jako rozwinięcie i uzupełnienie przedmiotowego ujęcia form finansowania w postaci wskazania bezpośrednio na środki publiczne wymaga uznania za zbędne. Wszelkie bowiem środki finansowe, które pochodzą od jednostek zaliczanych do sektora finansów publicznych będą posiadać charakter środków publicznych. Z tego też względu, wymienienie jednostek sektora finansów publicznych w katalogu podmiotowych źródeł finansowania zamówienia można rozpatrywać w kategoriach błędu legislacyjnego, zbędnego powtórzenia, które jednak nie wpływa znacząco na stosowanie omawianych regulacji w praktyce.

¹² O wskazanej w przepisie wartości oraz o określonym przedmiocie, który funkcjonalnie pozostaje w związku z interesem publicznym.

względem na ryzyko omijania przepisów zamówieniowych przez podmioty obowiązane do ich przestrzegania.

Na potwierdzenie tezy o powinności rozpatrywania takiego zamówienia jako potencjalnie własnego zamówienia instytucji, która dokonuje jego finansowania można wskazać zawartą w art. 13 dyrektywy 2014/24/UE wytyczną wobec instytucji zamawiających, które przyznają określone subsydia. Spoczywa bowiem na nich obowiązek zapewnienia przestrzegania przepisów dyrektywy, w przypadku, gdy subsydiowanego zamówienia nie udzielają one same lub w przypadku, gdy udzielają takiego zamówienia w imieniu i na rzecz innych podmiotów. Wynika z tego, iż nawet jeżeli dana instytucja nie dokonuje zamówienia samodzielnie, a jedynie je finansuje, obowiązek zamówieniowy po stronie podmiotu przekazującego środki pozostaje w nierozdzielalnym związku ze statusem danego zamówienia i wpływa na jego klasyfikację do grupy publicznych zakupów. Właściwe wydaje się stwierdzenie, że zobowiązanie do przeprowadzenia postępowania zamówieniowego zostaje niejako przekazane wraz ze środkami finansowymi na inny, samodzielnie niepodlegający danemu zobowiązaniu, podmiot. Finansowanie zamówienia w ponad 50% powoduje, że na jednostce przekazującej środki nadal ciąży obowiązek zamówieniowy odnośnie do danej inwestycji budowlanej lub usługi z tą jednak różnicą że realizowany jest on w sposób pośredni, poprzez inny, niezależny od „głównego zamawiającego” podmiot. Zobowiązanie do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ulega przekształceniu w zobowiązanie do zapewnienia, że beneficjent środków finansowych na daną inwestycję dokonywać będzie ich wydatkowania zgodnie z przepisami regulującymi procedury zamówień publicznych.

Istotną wskazówkę interpretacyjną stanowi ponadto sam zabieg legislacyjny prawodawcy unijnego, polegający na umieszczeniu przepisu określającego omawianą podstawę powstania obowiązku zamówieniowego w odrębnej jednostce redakcyjnej. Katalog instytucji zamawiających określa bowiem art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE, który nie zawiera kategorii beneficjentów określonego dofinansowania. Wprowadzenie autonomicznego przepisu, funkcjonującego w oderwaniu od legalnego katalogu podmiotów zobowiązanych do przestrzegania procedur zamówień publicznych prowadzi do wyciągnięcia wniosku, iż status zamawiającego na podstawie art. 13 powinien być traktowany jako sytuacja szczególna, wymagająca przyjęcia odmiennej optyki spojrzenia na daną kategorię zamawiających. Aktualizacja obowiązku zamówieniowego zasadniczo na podstawie czynników zewnętrznych, niezależnych od cech ustrojowych danego podmiotu oraz od charakteru prowadzonej przez niego działalności, powoduje, że doszukując się ratio legis danej regulacji na pierwszy plan wysuwa się jej funkcjonalne powiązanie z postulatem zapewnienia szczelności systemu zamówień pub-

licznych, poprzez wyłączenie możliwości omijania przepisów zamówieniowych przez podmioty zobowiązane do ich przestrzegania.

Kluczowym dla ustalania zakresu podmiotowego obowiązku przeprowadzania postępowań w sprawach udzielania zamówień publicznych pozostaje przepis art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy. Właściwe wydaje się spostrzeżenie, że w odróżnieniu od wskazanego przepisu, w omawianym przypadku nie mamy do czynienia w pełni z samodzielną kategorią zamawiających, w szczególności z uwagi na akcydentalność tego zobowiązania, tj. powiązanie go potencjalnie wyłącznie z jednym zakupem i zasadniczo nie wpływającym na swobodę kontraktowania danego podmiotu w pozostałym zakresie. Interpretacja danego zobowiązania zamówieniowego w oparciu o wskazany niuans redakcyjny aktu prawnego byłaby niemożliwa wyłącznie na podstawie polskich przepisów o zamówieniach publicznych. Ustawodawca dokonując implementacji postanowień dyrektywy doprowadził do zatarcia tej delikatnej różnicy pomiędzy przepisami zawierającymi katalog podstawowych zamawiających, a regulacją odnoszącą się do obowiązku zamówieniowego beneficjenta środków na określone roboty budowlane lub usługi. Określił on bowiem w jednym przepisie kompleksowy katalog podmiotów, chociażby potencjalnie zobowiązanych do przestrzegania przepisów Prawa zamówień publicznych¹³. Doprowadził tym samym do sytuacji, w której ocena art. 3 ust. 1 pkt 5 ze szczególnym uwzględnieniem jego funkcji zabezpieczającej szczelność systemu zamówieniowego jest co najmniej nie ułatwiona¹⁴.

Konieczna jest również ocena zasadności obowiązku zamówieniowego w przypadku zakupów, które finansowane są w ponad 50% przez określone podmioty, jednak nie ze środków publicznych, przez pryzmat funkcji zamówień publicznych. Wydaje się bowiem, iż w braku wydatkowania środków publicznych wyłączona jest funkcja ochronna zamówień publicznych w postaci zapewnienia prawidłowości i racjonalności tego procesu. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że funkcja ochronna interesu publicznego realizowana przez system zamówień publicznych nie ogranicza się jedynie do stanów faktycznych związanych ze środkami publicznymi.

¹³ Co prawda doktryna zamówień publicznych wypracowała podział zamawiających na kategorię bezwarunkowych i warunkowych, jednak podział ten nie jest w pełni zbieżny z opisanym w tym miejscu rozróżnieniem podmiotów objętych obowiązkiem udzielania zamówień publicznych.

¹⁴ Wydaje się jednak, że zastosowany w polskiej ustawie mechanizm określania podmiotów zobowiązanych do przestrzegania jej regulacji należy *summa summarum* ocenić pozytywnie. Wskazanie wszystkich kategorii zamawiających w jednym przepisie pociąga za sobą większą przejrzystość i tak już wysoce skomplikowanych regulacji prawnych zamówień publicznych. Wprowadzona zasada zamkniętego katalogu zamawiających określonego w art. 3 ust. 1 wpływa znacząco na ułatwienie szczególnie istotnego elementu systemu zamówień publicznych jakim jest samo ustalenie istnienia obowiązku zamówieniowego wobec określonego podmiotu.

Interes publiczny w procesie nabywania dostaw, robót budowlanych czy usług przez publicznych nabywców występuje również w postaci równego i nieograniczonego prawa podmiotów prywatnych do ubiegania się o realizację danych zamówień¹⁵. Publiczny zakup, niezależnie od faktu finansowania go ze środków publicznych, stanowi element dobra wspólnego. Natomiast możliwość wygenerowania przychodu w drodze zaspokojenia publicznego zapotrzebowania przez prywatnego wykonawcę powinna być traktowana jako przedmiot funkcji ochronnej zamówień publicznych, na równi z realizacją postulatu racjonalności w wydatkowaniu środków publicznych. W tym miejscu należy postawić pytanie, czy w omawianym przypadku będziemy mieli do czynienia z publicznymi zakupami. Czy brak środków publicznych w strukturze finansowej danej inwestycji nie powoduje, że dany zakup pozbawiony jest publicznego charakteru? Odpowiedź na to pytanie wydaje się oczywista, gdy w analizie uwzględni się ograniczenie przedmiotowe art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp. Powstanie obowiązku zamówieniowego na podstawie omawianego przepisu ograniczone jest wyłącznie do zakupów robót budowlanych lub usług o publicznym przeznaczeniu. Trzecia bowiem z przesłanek określonych w danym przepisie wskazuje, że przedmiotem zamówienia muszą być roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi. Wydaje się, że ze względu na publiczne przeznaczenie zamawianych robót budowlanych lub usług, uznanie danych zakupów za publiczne i tym samym stanowiące element dobra wspólnego należy uznać za uzasadnione. Natomiast środki finansowe wydatkowane w ramach wskazanych zakupów, pomimo, że nie muszą posiadać statusu środków publicznych, stanowią środki, z których finansowane są cele publiczne. Oznacza to, że z funkcjonalnego punktu widzenia można mówić o tożsamości obu kategorii środków, co z kolei uzasadnia stosowanie wobec nich analogicznych procedur wydatkowania. W konsekwencji, objęcie takich zamówień obowiązkiem przeprowadzenia postępowania zgodnie z regulacjami Prawa zamówień publicznych ocenić należy jako pozostające w zgodzie z funkcją ochronną tego systemu.

Przedstawiona analiza funkcjonalna zakresu zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp pozostaje aktualna w przypadku zestawienia zakupów wypełniających przesłanki określone w danym przepisie z zakupami, które przy spełnieniu przesłanki finansowania oraz wartości zamówienia nie spełniają warunku w postaci wskazanego przedmiotu zamówienia. Przykładowo, otrzymywanie przez fundację lub

¹⁵ Por. J. Rokicki [w:] A. Zdebel-Zygmunt, J. Rokicki, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014, s. 112.

stowarzyszenie dofinansowania ze środków unijnych na realizację inwestycji budowlanej o wartości przekraczającej progi unijne, przy założeniu, że planowane roboty budowlane nie mieszczą się w zakresie przedmiotowym omawianego przepisu¹⁶, nie będzie wiązało się z obowiązkiem przeprowadzenia postępowania zamówieniowego zgodnie z ustawą. Wydaje się, iż właśnie z uwagi na brak w danym stanie faktycznym aspektu celu publicznego realizowanej inwestycji powoduje, iż bezzasadne jest nałożenie na beneficjenta środków obowiązku przestrzegania publicznoprawnych procedur ich wydatkowania. Nie oznacza to jednak całkowitej swobody przy wykorzystaniu dofinansowania. Należy mieć na względzie, że otrzymywane środki posiadają status środków publicznych, co implikuje konieczność zapewnienia przejrzystości i racjonalności ich wykorzystania. Zastosowanie w takim przypadku znajdzie przepis art. 3 ust. 3 Pzp¹⁷, co stanowi wyraz dbałości o publiczne środki, jednak nie nakłada na podmiot statusu zamawiającego i związanego z nim obowiązku stosowania skomplikowanych i cechujących się wysokim stopniem sformalizowania procedur Pzp.

Taki mechanizm należy uznać za zgodny z zasadą proporcjonalności, która stanowi jedną z podstawowych wytycznych obowiązujących odnośnie do działań legislacyjnych, a wystosowanych zarówno wobec unijnego, jak i polskiego prawodawcy. Istota tej zasady sprowadza się do tego, iż legislacyjna ingerencja w zakres praw i wolności jednostek prywatnych powinna być niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, musi wykazywać realną możliwość doprowadzenia do zamierzonych przez z nią skutków, a ponadto jej efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów i obowiązków nakładanych na podmioty prywatne¹⁸.

Również przez pryzmat postulatu proporcjonalności działań prawodawczych należy patrzeć na przesłankę ograniczającą zakres praktycznego zastosowania omawianych przepisów wyłącznie do przypadków, w których wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne. Oznacza to wyłączenie obowiązku zamówieniowego w przypadku zakupów, które z uwagi na stosunkowo niską wartość nie stanowią na tyle znaczącego elementu interesu publicznego, aby konieczność jego zabezpieczenia wymagała nałożenia na podmiot prywatny obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów ustawowych.

Podsumowując, za zgodne z zasadą proporcjonalności należy uznać zobowiązanie podmiotów prywatnych do udzielania zamówień publicznych, w sytuacji gdy

¹⁶ Tym samym nie wykazują publicznego charakteru.

¹⁷ Zgodnie z tym przepisem, podmioty, o których mowa w ust. 1 (podmioty zobowiązane do stosowania Pzp), przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

¹⁸ Por. Wyrok TK z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04, OTK Seria A 2005 nr 6, poz. 64.

przy większościowym finansowaniu ze strony podmiotu publicznego, przedmiot zamówienia wykazuje z jednej strony wysoką szacunkową wartość, a z drugiej jego przeznaczenie związane jest z funkcją zaspokajania publicznych potrzeb¹⁹.

Należy w tym miejscu jednak wskazać, że teza o publicznym wymiarze planowanej inwestycji wydaje się być bezdyskusyjna jedynie w odniesieniu do części robót budowlanych²⁰ określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp. Przykładowo takie czynności jak budowa mostów, wiaduktów, podwyższonych autostrad²¹ czy też roboty w przedmiocie budowy szkół, szpitali lub budynków wykorzystywanych do celów administracyjnych w sposób immanentny wykazują cechę publicznego przeznaczenia. Co za tym idzie takie roboty budowlane wpisują się idealnie w przedstawione wnioski analizy funkcjonalnej omawianej regulacji, w szczególności wskazujące na funkcję uszczelnienia systemu publicznych zakupów. Przedstawione roboty budowlane w sposób oczywisty wykazują bowiem związek z potencjalnymi zadaniami jednostek publicznych, które w celu ominięcia przepisów Prawa zamówień publicznych mogłyby doprowadzić do zrealizowania takich robót za pośrednictwem niezależnego od nich podmiotu prywatnego. Jednakże powyższy schemat wnioskowania wydaje się nie znajdować bezwzględnego zastosowania do wskazanych w przepisie obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych. Wobec tej kategorii robót budowlanych arbitralne założenie ich publicznego charakteru, zdaniem autora niniejszej monografii, może stanowić podstawę do polemiki. Nietrudno jest bowiem sobie wyobrazić obiekt kwalifikujący się do grupy sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, który realizowany będzie wyłącznie w celu zaspokojenia indywidualnych potrzeb konkretnego podmiotu prywatnego. Pojawia się zatem pytanie czy zakres wskazanej kategorii robót należy określać z uwzględnieniem przesłanki ich publicznego wymiaru, co pozostawałoby w zgodzie z celowościową wykładnią omawianego przepisu, czy też za rozstrzygający uznać należy wynik szerokiej wykładni pojęcia i w konsekwencji obciążyć obowiązkiem zamówieniowym wszelkie przypadki robót obejmujących dane obiekty, bez względu na ich publiczne czy też czysto prywatne przeznaczenie.

Wydaje się uzasadniona teza o konieczności interpretacji zakresu przedmiotowego danego przepisu przez pryzmat publicznego charakteru planowanej inwestycji, przez co należy rozumieć funkcjonalne powiązanie obiektu z zaspokajaniem zbiorowych potrzeb określonej wspólnoty, co w konsekwencji pozwoli zakwalifikować

¹⁹ J. Pawelec wskazuje, że omawiany obowiązek udzielania zamówień publicznych głównie dotyczy projektów infrastrukturalnych o znaczącej wartości, których charakter związany jest z realizacją zadań użyteczności publicznej. Por. J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, *op. cit.*, s. 117-118.

²⁰ Oraz związanych z nimi usług.

²¹ Wskazane czynności obejmuje kategoria czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej.

dany obiekt do sfery tradycyjnego zainteresowania instytucji publicznych, w szczególności tych, które partycypują finansowo w danym przedsięwzięciu budowlanym.

Należy tym samym zgodzić się ze stanowiskiem Rzecznika Generalnego, wyrażonym w postępowaniu przed TSUE w sprawie C-115/12 P. Opowiedział się on za wąską definicją „obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych”. Wskazując na potrzebę wykładni przepisów przez pryzmat ich celu, przyjął zasadność interpretowania danego pojęcia z uwzględnieniem publicznej użyteczności obiektu, wiążąc ściśle tę cechę z przedmiotowym zakresem zadań instytucji zamawiających dokonujących finansowania danego zamówienia²². Odmienne stanowisko odnośnie do danej kwestii zajął jednak Trybunał Sprawiedliwości, który wskazał na konieczność szerokiej wykładni przedmiotowego zakresu omawianej przesłanki obowiązku zamówieniowego. Zdaniem Trybunału²³ publicznoprawne procedury wydatkowania środków powinny mieć zastosowanie do każdego przypadku subsydiowanych robót budowlanych, bez względu na fakt czy wykazują one cechę publicznego przeznaczenia. Trybunał uznał odmienne rozumienie danych pojęć za zbyt ograniczające zakres zastosowania danego przepisu, co z kolei pozostawałoby w sprzeczności z jego podstawowym celem, jakim jest zapobieganie obchodzeniu prawa.

5.1.4. Charakter finansowania a obowiązek zamówieniowy

Wydaje się, iż kluczowym zagadnieniem dla stosowania omawianego przepisu w praktyce jest charakter finansowania, który uzasadnia uznanie beneficjenta środków za zamawiającego. Należy bowiem rozważyć, czy muszą być to środki o charakterze celowym, przekazane konkretnie w celu sfinansowania danego zamówienia, czy też powinny być brane pod uwagę wszelkie formy przekazywania środków, przy czym jako rozstrzygające traktować należałoby faktyczny procentowy udział środków publicznych w finansowaniu określonej inwestycji. Według P. Graneckiego, obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp powstaje niezależnie od faktu czy przekazanie środków nastąpiło bezpośrednio w celu pokrycia kosztów planowanej inwestycji. Autor uznaje, że obowiązek zamówieniowy powstanie również w sytuacji finansowania podmiotu bez wskazania szczególnego przeznaczenia środków, przyjmując za wystarczające, aby zgromadzone na sfinansowanie zamówienia fundusze w ponad 50% pochodziły od wskazanych w przepisie podmiotów lub stanowiły środki publiczne. Jako przykład podaje wspólnotę mieszkaniową,

²² Zob. Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott, przedstawiona w dniu 18 kwietnia 2013 r., sprawa C-115/12 P, pkt 70.

²³ Orzeczenie TSUE z dnia 26 września 2013 r. w sprawie C-115/12 P, pkt 77.

w której gmina posiada ponad połowę udziałów w nieruchomości wspólnej i przekazuje wspólnocie środki na jej utrzymanie. Autor stoi na stanowisku, że w takiej sytuacji nabywanie przez wspólnotę robót budowlanych należy uznać za zamówienia publiczne z uwagi na ich finansowanie z udziałem środków publicznych²⁴.

Odmienne stanowisko zajmuje J. Pieróg, który swój pogląd uzasadnia również posługując się przykładem wspólnoty mieszkaniowej. Zdaniem autora, fakt przekazywania przez gminę środków na rzecz wspólnoty ma charakter obojętny względem obowiązku przestrzegania procedur zamówieniowych przez wspólnotę. Wskazuje, iż środki, którymi dysponuje taka wspólnota nie będą miały statusu środków publicznych. Przekazywanie zaliczek przez gminę nie jest tożsame z faktem przekazywania środków na sfinansowanie zamówień publicznych, lecz stanowi opłatę przeznaczoną na utrzymanie części wspólnej nieruchomości. Zastosowanie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp uzależnione jest od celowego charakteru ich przekazywania, w przedstawionym natomiast przykładzie, środki przekazywane na konto wspólnoty posiadają postać zaliczek przeznaczonych na pokrycie kosztów ogólnej działalności wspólnoty, bez wskazania ich przeznaczenia na konkretne zamówienia. Z tego też względu, zdaniem J. Pieroga, trudno jest w takim stanie faktycznym mówić o bezpośredniości finansowania przez gminę potencjalnych zamówień dokonywanych przez wspólnotę mieszkaniową²⁵.

Analogiczny pogląd wyrażony jest w opiniach prawnych Urzędu Zamówień Publicznych²⁶. Zdaniem UZP, warunkiem powstania obowiązku stosowania prze-

²⁴ P. Granecki, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, s. 35-36.

²⁵ Dokonując szczegółowej analizy potencjalnego obowiązku zamówieniowego wspólnot mieszkaniowych J. Pieróg wskazuje na stanowisko Ministra Finansów, które obejmowało pogląd, iż przekazywane przez gminę środki do kasy wspólnoty nie stanowią środków publicznych. Dodatkowo na potwierdzenie tezy o braku zobowiązania wspólnot mieszkaniowych do stosowania przepisów Pzp autor przedstawia wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 10 września 2002 r., sygn. akt I ACA 384/02, OSA 2003 nr 2, poz. 4, w którym postawiono tezę, że wybranie zarządcy nieruchomości wspólnej w drodze uchwały wspólnoty mieszkaniowej, w sytuacji finansowania jego wynagrodzenia przez wspólnotę mieszkaniową z zaliczek wpłaconych przez członków wspólnoty, nie stanowi zamówienia publicznego, również wtedy, gdy wpłacone zaliczki w ponad 50% pochodzą od gminy. J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2007, s. 39-40. Przedstawione orzeczenie wydane zostało w ramach stanu prawnego sprzed nowelizacji ustawy – Pzp z kwietnia 2006 r., a więc w stanie, w którym ustawa nie przewidywała przedmiotowego ograniczenia zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 do określonych robót budowlanych oraz związanych z nimi usług. Niewątpliwie jednak, orzeczenie nadal pozostaje aktualne w zakresie ogólnej analizy sytuacji prawnej wspólnot mieszkaniowych, których członkami są gminy i może stanowić podstawę do analogicznego rozstrzygnięcia w zakresie potencjalnego obowiązku zamówieniowego wspólnot, w przypadku których ponad 50% zaliczek na funkcjonowanie pochodzi od gminy lub innych podmiotów publicznych.

²⁶ Zob. opinie prawne: „*Finansowanie zamówień w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych*” oraz „*Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez or-*

pisów Prawa zamówień publicznych jest celowy charakter przekazania środków. Z finansowaniem zamówienia w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp będziemy mieli więc do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy przekazaniu środków pieniężnych beneficjentowi towarzyszy wskazanie celu ich wykorzystania na konkretną inwestycję budowlaną lub usługę związaną przedmiotowo z określonymi robotami budowlanymi. Uzasadnienia dla wskazanego poglądu należy poszukiwać w przepisie art. 13 dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi bezpośrednie źródło obowiązku zamówieniowego w omawianych stanach faktycznych. Przepis ten wskazuje, iż obowiązkiem przeprowadzenia publicznoprawnych procedur wydatkowania środków objęte są przypadki nabywania robót budowlanych lub określonych usług subsydiowanych przez instytucje zamawiające w sposób bezpośredni. Również w opinii Trybunału Sprawiedliwości, wyrażonej w wyroku w sprawie C-115/12 P, powstanie obowiązku zamówieniowego na podstawie danego przepisu uzależnione jest od spełnienia przesłanki publicznego finansowania ściśle związanego z konkretną robotą budowlaną, wykazującego bezpośrednie powiązanie z przedmiotem zamówienia²⁷.

W tym samym orzeczeniu Trybunał ustosunkował się do kwestii rozumienia pojęcia „subsydiowanie”. Przedmiotem rozstrzygnięcia było mianowicie to czy oznacza ono wyłącznie świadczenia o charakterze pozytywnym, przyjmujące formę przekazywania środków pieniężnych na dane roboty budowlane, czy też obejmuje ono również przejawy wspierania inwestycji w wymiarze negatywnym, a więc przykładowo ulgi podatkowe w związku z danym zamówieniem. Przed wszystkim podkreślenia wymaga teza Trybunału o konieczności autonomicznej wykładni tego pojęcia, z wyłączeniem analogii semantycznych w odniesieniu do definicji pojęcia „subsydiowanie” funkcjonujących w krajowych porządkach prawnych²⁸. Zanegował również zasadność odnoszenia jego zakresu do pojęcia

ganizacje pozarządowe uzyskujące dotacje z budżetu państwa na realizację zadań publicznych” dostępne na stronie UZP, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne> [dostęp: 01.11.2018 r.].

²⁷ W sprawie C 115/12 P (orzeczenie TSUE z dnia 26 września 2013 r.) rozstrzygana była przesłanka „bezpośredniego subsydiowania” w odniesieniu do ulg podatkowych przyznanych prywatnym inwestorom określonej roboty budowlanej. TSUE uznał sporną formę finansowania za wypełniającą kryterium bezpośredniości ze względu na fakt, iż ulgi podatkowe były związane bezpośrednio ze spornym zamówieniem na roboty budowlane. Nie miały one na celu zmniejszenia ogólnych obciążeń zainteresowanych osób i zostały przyznane przez Republikę Francuską na projekt renowacji i rozbudowy konkretnego obiektu, w celu realizacji tych robót budowlanych.

²⁸ Trybunał odrzucił również argumentację o konieczności rozumienia tego pojęcia analogicznie, jak w innych gałęziach prawa europejskiego. Zgodnie z Opinią Rzecznika Generalnego, pojęcie subsydiowania może mieć różną treść w zależności od tego, której części prawa unijnego dotyczy. Przykładowo przepisy dotyczące ochrony europejskiego rynku wewnętrznego przed przywozem towarów subsydiowanych z państw trzecich obejmują pojęciem subsydiów wyraźnie

„finansowanie”²⁹, które pojawiało w toku prac legislacyjnych nad danym przepisem³⁰. Trybunał wskazał stanowczo, że z uwagi na brak definicji w dyrektywie oraz w braku odesłania do prawa państw członkowskich należy rzeczonemu terminowi nadać autonomiczną i jednolitą wykładnię, którą należy ustalić, uwzględniając kontekst przepisu i cel regulacji, której stanowi on część³¹. Rozstrzygając w przedmiocie meritum sporu, stwierdził, że pojęcie „subsydiować” w swoim zwykłym znaczeniu należy utożsamiać z przyznawaniem określonych profitów. Przy czym nieuzasadnione jest ograniczanie zakresu tego pojęcia wyłącznie do świadczeń o charakterze pozytywnym³².

Zakres praktycznego zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp w sposób znaczący uzależniony jest od ustalenia czy finansowanie danej roboty budowlanej lub usługi w ponad 50% musi pochodzić wyłącznie od jednego podmiotu publicznego czy też możliwe jest powstanie obowiązku zamówieniowego w przypadku przekazywania środków przez więcej niż jeden podmiot, których zsumowanie spowoduje przekroczenie wymaganego progu. Odpowiedzi na to pytanie można doszukiwać się bezpośrednio w konstrukcji przesłanki zastosowania danego przepisu, dotyczącej

również ulgi podatkowe. Natomiast w prawie konkurencji ulgi podatkowe są wprawdzie objęte szerokim pojęciem pomocy państwa, ale nie węższym pojęciem subsydiów. To ostatnie oznacza w prawie konkurencji wyłącznie przysporzenia bezpośrednie (zob. Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott, przedstawiona w dniu 18 kwietnia 2013 r., sprawa C-115/12 P, pkt 41).

²⁹ Wskazana teza jest szczególnie istotna z uwagi na potencjalny zarzut niepoprawnej implementacji postanowień dyrektywy na grunt polskiego Prawa zamówień publicznych. Przypomnieć bowiem należy, że art. 13 dyrektywy posługuje się pojęciem „subsydiowania”, a krajowa ustawa mówi o „finansowaniu”. W przypadku, gdyby Trybunał zezwolił na stosowanie w danym zakresie analogii oraz potrzebę znaczeniowego rozróżnienia „subsydiowania” i „finansowania”, potencjalna rozbieżność zakresowa pomiędzy wskazanymi pojęciami mogłaby stanowić podstawę do podjęcia polemiki w przedmiocie zgodności polskiej ustawy z dyrektywą.

³⁰ We wskazanej sprawie Republika Francuska stała na stanowisku, że jej interpretacja znajduje potwierdzenie w fakcie, iż ostateczne brzmienie tego przepisu różni się od rozmaitych propozycji z prac przygotowawczych, w których w szczególności używany był wyraz „finansują” zamiast „subsydiują” (por. orzeczenie TSUE w sprawie C-115/12 P, pkt 38). Zob. również Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott, przedstawiona w dniu 18 kwietnia 2013 r., sprawa C-115/12 P, pkt 46.

³¹ Analogiczna zasada interpretacyjna wyrażona została w orzeczeniu TSUE z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie C-376/11, w której Trybunał stwierdził, że zarówno względy jednolitego stosowania prawa Unii, jak i zasada równości wskazują na to, iż treści przepisu prawa Unii, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa Państw Członkowskich dla określenia jego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Unii Europejskiej autonomiczną i jednolitą wykładnię, którą należy ustalić, uwzględniając kontekst przepisu i cel danego uregulowania (zob. również orzeczenia: z dnia 18 stycznia 1984 r. w sprawie C-327/82; z dnia 19 września 2000 r. w sprawie C-287/98; z dnia 22 marca 2012 r. w sprawie C-190/10).

³² Orzeczenie TSUE z dnia 26 września 2013 r. w sprawie C-115/12 P, pkt 46.

struktury finansowej planowanego zakupu. Jest ona bowiem spełniona w przypadku, gdy ponad 50% wartości zamówienia finansowane jest ze środków publicznych lub przez określone podmioty. Należy zauważyć, że w przypadku określenia źródła finansowania w ujęciu przedmiotowym brak jest jakiegokolwiek odniesienia do kwestii ilości podmiotów, od których pochodzą środki publiczne. Większościowy udział środków publicznych w strukturze finansowej inwestycji, niezależnie od faktu czy pochodzą one od jednego czy od kilku podmiotów powoduje, że dany zakup uznawany jest za zamówienie publiczne i wymaga przeprowadzenia odpowiedniej procedury wyboru jego wykonawcy. Analogiczna zasada powinna zatem zostać przyjęta w przypadku, gdy w danym stanie faktyczny występują źródła finansowania w ujęciu podmiotowym. Oznacza to, że podmiotową kumulację po stronie źródeł publicznego finansowania zamówienia należy uznać za dopuszczalną³³. Z obowiązkiem zamówieniowym mamy więc do czynienia w każdym przypadku przekroczenia progu 50% publicznego finansowania, niezależnie od ilości podmiotów przekazujących środki oraz bez względu na fakt, czy którykolwiek z nich samodzielnie przekroczyłby wymagany przez ustawę próg³⁴.

Jako czynnik pozostający bez znaczenia dla istnienia obowiązku udzielania zamówień publicznych należy również traktować ewentualną kumulację podmiotową po stronie beneficjentów dofinansowania. Podkreślenia wymaga bowiem, iż rozstrzygający dla zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp jest wynik analizy struktury finansowej planowanej roboty budowlanej lub usługi, co oznacza że ocenie powinno być poddawane ogólne finansowanie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Na marginesie natomiast pozostaje kwestia czy dana inwestycja realizowana jest wyłącznie przez jeden podmiot czy też przez kilka niezależnych jednostek, wspólnie realizujących planowane przedsięwzięcie. Podobnie jak to czy beneficjentem dofinansowania jest jeden, kilka z nich czy wszystkie podmioty planujące określone zamówienie publiczne. Taka sytuacja wystąpiła bowiem w przytaczanej sprawie przed TSUE³⁵. W stanie faktycznym sprawy próg 50% publicznego finansowania został osiągnięty w wyniku uwzględnienia ulg podatkowych przyznanych

³³ Analogiczny wniosek wyciąga A. Sołtysińska, która wprost wskazuje, iż określając próg 50% finansowania należy uwzględnić wszystkie środki pieniężne pochodzące od instytucji zamawiających, bez względu na ich liczbę. Zob. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, *op. cit.*, s. 135.

³⁴ Jako potwierdzenie dla powyższej analizy można ponownie wskazać na orzeczenie TSUE z dnia 26 września 2013 r. w sprawie C-115/12 P. Co prawda kwestia dopuszczalności kumulacji podmiotowej po stronie źródeł finansowania zamówienia nie stanowiła w nim bezpośredniego przedmiotu dokonywanej przez Trybunał analizy, jednak w stanie faktycznym sprawy wystąpiła taka kumulacja. Można założyć, iż kwestia ta została uznana za bezsporną i Trybunał nie odnosił się do omawianego problemu, uznając mnogość podmiotów finansujących za dopuszczalną i implikującą obowiązek zamówieniowy.

³⁵ Sprawa C-115/12 P.

nie właścicielowi obiektu poddawanego renowacji ani głównemu inwestorowi, lecz współnikom prywatnej spółki handlowej, którzy zainwestowali w dane roboty budowlane. Należy zgodzić się z oceną dokonaną przez Rzecznika Generalnego³⁶, który wskazuje, że istnienie bezpośredniego subsydiowania nie jest zależne od tego, jakim osobom przyznawane jest wsparcie władzy publicznej. Przeciwnie, dla zastosowania dyrektywy wystarczy, że na zamówienie na roboty budowlane udzielane przez podmiot inny niż instytucja zamawiająca przypada ponad 50% bezpośredniego subsydiowania ze strony jednej lub wielu instytucji zamawiających. Innymi słowy, pojęcie publicznego finansowania należy odnosić nie do podmiotów udzielających zamówienia, lecz do jego przedmiotu.

5.2. Obowiązek zamówieniowy przy dofinansowaniu projektów

5.2.1. Specyfika obowiązku zamówieniowego na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Fundacja lub stowarzyszenie może doznać, charakterystycznego dla zamówień publicznych, ograniczenia swobody kontraktowania również na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp. Obowiązek zamówieniowy powstały na podstawie tego przepisu odbiega w swej istocie od pozostałych omawianych w niniejszej publikacji przypadków uznania fundacji lub stowarzyszenia za podmiot zobowiązany do przestrzegania szczególnych procedur przy wydatkowaniu środków.

Już na wstępie należy wskazać, że zastosowanie art 3 ust. 3 Pzp nie jest związane z obowiązkiem przestrzegania procedur określonych przepisami Prawa zamówień publicznych, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że sytuacje takie nie wypełniają znamion ustawowej definicji zamówienia publicznego³⁷. Jednakże ze względu na funkcjonalne powiązanie takich stanów faktycznych z generalnymi funkcjami systemu publicznych wydatków, powiązane z charakterystycznym ograniczeniem swobody kontraktowania, jak również biorąc pod uwagę zakres praktycznego zastosowania tego przepisu do podmiotów funkcjonujących w organizacyjno-prawnych formach fundacji lub stowarzyszenia, analiza wskazanej kwestii wydaje się szczególnie uzasadniona w kontekście tematu niniejszej monografii.

³⁶ Zob. Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott, przedstawiona w dniu 18 kwietnia 2013 r., sprawa C-115/12 P, pkt 36.

³⁷ Brak zobowiązania do przestrzegania przepisów ustawy implikuje po stronie podmiotu brak statusu zamawiającego, co z kolei prowadzi do wniosku, iż nie występuje zakres podmiotowy określony w ustawowej definicji zamówienia, tym samym dany zakup nie będzie uznawany za zamówienie publiczne w rozumieniu ustawy.

Zgodnie z art. 3 ust. 3 Pzp, podmioty zobowiązane do przestrzegania Prawa zamówień publicznych³⁸, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. W zestawieniu z omówionym art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, analizowana regulacja wykazuje istotną wspólną cechę, w postaci czynnika sprawczego nałożenia na podmiot obowiązku zamówieniowego. Oba bowiem przepisy przewidują powstanie obowiązków o charakterze proceduralnym odnośnie do konkretnego przedsięwzięcia, których bezpośrednim źródłem jest fakt przekazywania środków przez podmioty publiczne na jego realizację. Analogicznie zatem jak w przypadku zamówień finansowanych w ponad 50% przez podmioty publiczne, art. 3 ust. 3 wykazuje charakter przesłanki przedmiotowej. Oznacza to, że ocena jej spełnienia następuje z wyłączeniem kwestii odnoszących się do samego beneficjenta określonego dofinansowania, takich jak w szczególności jego forma organizacyjno-prawna, skład organów czy charakter wykonywanej działalności³⁹. Jedynym warunkiem podmiotowym zastosowania art. 3 ust. 3 Pzp wydaje się być to, aby beneficjent środków nie posiadał statusu zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy, co czyniłoby bezcelowym zastosowanie wobec niego omawianego przepisu.

Podniesienia wymaga również wniosek, iż analogicznie jak w przypadku art. 3 ust. 1 pkt. 5 Pzp, analizowany ust. 3 opiera się na mechanizmie celowego przekazywania środków. Oznacza to, że dane dofinansowanie następuje w celu wsparcia z góry określonego przedsięwzięcia, co wynika wprost z treści przepisu, który mówi o przekazywaniu środków w celu dofinansowania projektu. Wyłączone tym samym z zakresu zastosowania tej regulacji będą przypadki przekazywania środków na ogólne funkcjonowanie danego podmiotu, nieobarczone obowiązkiem wydatkowania na określony cel⁴⁰.

Uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że oba źródła obowiązku zamówieniowego w ujęciu funkcjonalnym mogą podlegać analogicznej kategoryzacji, jako przepisy, których celem jest zapewnienie racjonalności przy wydatkowaniu środków pochodzących od podmiotów o publicznym charakterze, w szczególności środków publicznych. Można również postawić tezę, że art. 3 ust. 1 pkt 5, w zesta-

³⁸ Określone w art. 3 ust. 1 ustawy.

³⁹ Z uwagi na przedmiotowy charakter omawianej przesłanki obowiązku zamówieniowego, której zastosowanie do fundacji i stowarzyszeń opierać się będzie na analogicznych zasadach, jak w odniesieniu do każdego podmiotu prywatnego, podobnie jak w przypadku analizy art. 3 ust. 1 pkt 5, autor sporadycznie będzie odnosił stawiane tezy konkretnie do podmiotów funkcjonujących w formie fundacji lub stowarzyszenia, posługując się bardziej ogólnym pojęciem beneficjenta lub podmiotu prywatnego.

⁴⁰ Takie przypadki wymagają analizy z punktu widzenia art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp.

wieniu z ust. 3 przepisu, stanowi formę kwalifikowaną zobowiązania zamówieniowego. Podmioty prywatne, w tym fundacje lub stowarzyszenia, otrzymując środki na realizację określonego przedsięwzięcia mogą stać się podmiotem obowiązków proceduralnych na podstawie jednej z porównywanych regulacji. Przy czym, w przypadku spełnienia przedmiotowych przesłanek zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 podmiot taki staje się zamawiającym w rozumieniu ustawy, w pełni podlegając pod jej regulacje. W szczególności spoczywać na nim obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia uregulowanego w ustawie. Jeżeli natomiast w danym stanie faktycznym występuje wyłącznie element finansowania realizowanego projektu przez określone podmioty, przy braku spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5, podmiot taki, doznaje co prawda ograniczenia swobody przy wydatkowaniu środków, nie uzyskuje jednak statusu zamawiającego w ustawowym rozumieniu i zgodnie z Pzp nie ma obowiązku stosowania przepisów ustawy. Bezpośrednie źródło jego obowiązków stanowią natomiast odpowiednie klauzule, zawarte w umowie z podmiotem publicznym⁴¹, na mocy której następuje przekazanie środków beneficjentowi. Pomimo szeregu cech wspólnych i analogicznej z art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp funkcji, zobowiązanie zamówieniowe związane z dofinansowaniem projektu należy uznać za regulację szczególną, odbiegającą od przypadków określonych w art. 3 ust. 1, w szczególności w zakresie skutków prawnych wypełnienia przesłanek jej zastosowania.

5.2.2. Obowiązek zamówieniowy przy dofinansowaniu projektów na tle prawa unijnego

Opisując specyfikę art. 3 ust. 3 Pzp należy również wskazać na źródła prawa tej przesłanki obowiązku zamówieniowego. W odróżnieniu bowiem od pozostałych omawianych podstaw prawnych uzyskania statusu zamawiającego przez fundacje lub stowarzyszenia, art. 3 ust. 3 Pzp nie znajduje swojego odpowiednika na gruncie europejskich dyrektyw zamówieniowych. Na mocy dyrektyw unijnych fakt przekazywania środków w ramach dofinansowania określonego przedsięwzięcia może skutkować po stronie ich beneficjenta zobowiązaniem do przestrzegania procedur zamówieniowych wyłącznie w przypadku kumulatywnego spełnienia przesłanek zastosowania art. 13 dyrektywy 2014/24/UE, a więc w przypadku opisanym w krajowej ustawie w art. 3 ust. 1 pkt 5. Należy zatem postawić pytanie czy z uwagi na brak analogicznej regulacji w przepisach dyrektyw, krajowy przepis stanowi przykład działania legislacyjnego niezależnego w zakresie swoich źródeł od prawa Unii Europejskiej?

⁴¹ Lub decyzji, na podstawie której następuje przekazanie dofinansowania.

Pomimo, iż takie stany faktyczne nie stały się przedmiotem regulacji dyrektyw odnoszących się do zamówień publicznych, należy pamiętać, że na system źródeł europejskiego prawa zamówień, poza przepisami prawa wtórnego, składa się prawo pierwotne UE. Zasadna jest teza, iż to prawo pierwotne stanowi podstawowe źródło europejskiego prawa zamówień publicznych, natomiast źródła wtórne, dyrektywy, mają jedynie na celu konkretyzację regulacji traktatowych oraz zagwarantowanie pełnej realizacji postanowień prawa pierwotnego w ramach procedur publicznych wydatków. Hierarchiczna wyższość prawa pierwotnego oraz zakres jego wpływu na prawo zamówień mogą jednak być poddawane w wątpliwość, w szczególności przez praktyków tego systemu. Takie ryzyko istnieje przede wszystkim z uwagi na fakt, iż Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie zawiera regulacji bezpośrednio odnoszących się do zamówień publicznych, a w praktyce w znacznej ilości przypadków treść jego postanowień wywierać będzie wpływ na procedurę zamówieniową za pośrednictwem odpowiednich przepisów dyrektyw. W przypadku natomiast publicznych zakupów, które nie podlegają pod przepisy dyrektyw zamówieniowych, Traktat uzyskuje charakter bezpośredniego źródła prawa, implikując obowiązek realizacji wyrażonych w nim zasad w konkretnym postępowaniu zamówieniowym.

Należy w tym miejscu postawić pytanie, czy wydatki środków w ramach dofinansowania projektu stanowią w świetle prawa europejskiego element systemu publicznych wydatków? Czy takie stany faktyczne są rozpatrywane przez prawodawcę europejskiego jako zakupy, co do których wymagane jest przestrzeganie postanowień prawa pierwotnego oraz zasad rynku wewnętrznego z nich wynikających? Można bowiem wnioskować, że brak beneficjenta środków na dofinansowanie projektu w zakresie podmiotowym obowiązku zamówieniowego określonym w dyrektywach powoduje, że takie stany faktyczne w świetle europejskiego porządku prawnego nie wykazują funkcjonalnego związku z systemem zamówień publicznych. Uznając zasadność takiego podejścia należałoby dojść do wniosku, że takie zakupy, pomimo finansowania z udziałem publicznych środków, mogą być dokonywane swobodnie, bez konieczności respektowania zasad prawa pierwotnego, co w praktyce oznaczałoby wyłączenie prawnie określonych obowiązków proceduralnych.

Zdaniem autora niniejszej monografii, przedstawioną hipotezę należy uznać za nieuzasadnioną. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że zdaniem Komisji Europejskiej⁴², obowiązek przestrzegania postanowień i zasad zawartych w prawie pierwotnym UE istnieje w każdym przypadku, gdy zawierane są umowy

⁴² Wyrażonym w Komunikacie wyjaśniającym dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (Dz. U. UE z 1. 8. 2006, 2006/C 179/02).

w ramach zamówień publicznych, które objęte są zakresem Traktatu. Natomiast warunkiem zastosowania norm zaczerpniętych z Traktatu do procedur udzielania zamówień publicznych jest odpowiedni stopień powiązania danego zamówienia z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego. Czy zatem sam fakt finansowania projektu ze środków publicznych lub przez podmioty publiczne stanowi wystarczającą przesłankę, aby procedury wydatkowania takich środków ocenić jako funkcjonalnie powiązane z rynkiem wewnętrznym Unii Europejskiej? Wydaje się, że na dane pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Zakup dokonywany z wykorzystaniem publicznych środków należy oceniać w kategoriach zakupu publicznego, do którego dostęp po stronie podażowej powinny mieć wszystkie podmioty prywatne funkcjonujące na terytorium UE. Możliwość ubiegania się o realizację takiego kontraktu powinna występować na takich samych zasadach, przede wszystkim wolnych od dyskryminacji oraz respektujących postanowienia mające na celu doprowadzenie do pełnej integracji gospodarczej w ramach Unii⁴³.

Takie stanowisko zostało potwierdzone przez polskiego ustawodawcę, który wprowadzając omawiany art. 3 ust. 3 Pzp, argumentował, że zamówienia dokonywane przez beneficjenta dofinansowania projektu powinny co prawda podlegać pod procedury uproszczone, jednakże uwzględniające zasady przewidziane w prawie pierwotnym Unii Europejskiej, tj. równego traktowania, uczciwej konkurencji, transparentności, swobody świadczenia usług, prowadzenia działalności gospodarczej, przepływu towarów⁴⁴.

Uznając zasadność poglądu o konieczności respektowania postanowień Traktatu w zakresie wydatkowania środków uzyskanych w ramach dofinansowania projektu, należy mieć jednak na uwadze, że praktyczne ich zastosowanie w konkretnym postępowaniu zamówieniowym może okazać się problematyczne ze względu na trudności interpretacyjne odnośnie do często ogólnych i niejasnych przepisów. Z tego też względu, bardzo istotnym źródłem prawa⁴⁵ w danej materii

⁴³ W przywoływanym Komunikacie, Komisja Europejska wskazuje, że pomimo wyłączenia niektórych zamówień spod zakresu obowiązywania dyrektyw zamówieniowych, takie zamówienia mogą stanowić źródło istotnych możliwości dla przedsiębiorców funkcjonujących na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej, w szczególności dla małych i średnich przedsiębiorców, jak również dla podmiotów nowopowstałych. Dodatkowo komisja wskazuje, że postulat zapewnienia jak najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych jest szczególnie istotny z uwagi na problemy budżetowe występujące w licznych państwach członkowskich UE. Przejrzyste procedury publicznych wydatków stanowią ponadto istotny element polityki przeciwdziałania zjawiskom korupcji i protekcji.

⁴⁴ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2310 z dnia 2009-08-31, s. 4-5.

⁴⁵ Jednakże, jak to zostało już wykazane, o charakterze nieformalnego źródła prawa w europejskim porządku prawnym.

będzie liczne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, w ramach którego dokonano wykładni przepisów prawa pierwotnego oraz określono wytyczne dla praktyki w zakresie sposobu i mechanizmów ich respektowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Działając w celu realizacji postulatu zapewnienia jak najszerszego poszanowania i zwiększenia skuteczności postanowień prawa pierwotnego, Komisja Europejska wydała „Komunikat wyjaśniający dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych”⁴⁶. Dokument ten pomimo, iż nie posiada charakteru wiążącego źródła prawa, stanowi bardzo istotne źródło wiedzy dla podmiotów funkcjonujących w systemie zamówień publicznych, zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców ubiegających się o publiczne kontrakty. We wprowadzeniu do Komunikatu czytamy, że ma zastosowanie w szczególności do zamówień wyłączonych spod zastosowania procedur określonych w dyrektywach z uwagi na podprogową wartość. Należy jednak przyjąć, że prezentowane przez Komisję tezy mają uniwersalny charakter. Omawiany dokument stanowi bowiem zestawienie prezentowanego przez Komisję rozumienia orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w zakresie postanowień Traktatu i sposobu ich respektowania w postępowaniu zamówieniowym. Tym samym praktyczne zastosowanie art. 3 ust. 3 Pzp oraz efektywna realizacja określonych w nim zasad wydatkowania środków powinny następować z uwzględnieniem wytycznych wskazanych w Komunikacie.

5.2.3. Zakres zastosowania art. 3 ust. 3 Pzp i wnioski de lege ferenda

Analiza zakresu zastosowania omawianej regulacji wymaga odniesienia się do genezy tej podstawy prawnej obowiązku udzielania zamówień publicznych przez podmioty prywatne. Pomocne będzie ponadto uwzględnienie w prowadzonych rozważaniach kontekstu legislacyjnego wprowadzonych w ostatnich latach nowelizacji w zakresie podmiotowego zakresu obowiązku stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Art. 3 ust. 3 Pzp wprowadzony został jednocześnie z usunięciem przepisu art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zmiana przepisów nastąpiła na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw⁴⁷. Zgodnie z usuniętą regulacją, obowiązek stosowania przepisów ustawy spoczywał na innych niż jednostki sektora finansów publicznych i inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmiotach w sytuacji,

⁴⁶ Dz. U. UE z 1. 8. 2006, 2006/C 179/02.

⁴⁷ Dz. U. 2009 Nr 223 poz. 1778.

gdy zamówienie finansowane było z udziałem środków, których przyznanie uzależnione było od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie.

Już na wstępie analizy porównawczej obu regulacji, należy wskazać, że dokonany zabieg legislacyjny zasługuje zasadniczo na ocenę pozytywną. Usunięty bowiem przepis art. 3 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowił wyjątek od reguły, zgodnie z którą obowiązek przestrzegania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych istnieje wyłącznie w przypadkach określonych wprost w ustawie. Na podstawie natomiast pkt. 6 decyzja odnośnie do statusu zmwawiającego wobec beneficjenta określonego dofinansowania spoczywała w gestii podmiotu przekazującego środki⁴⁸.

Taki stan prawny stanowił źródło wielu wątpliwości w praktyce systemu zamówień publicznych. Możliwość nałożenia na mocy umowy na podmioty prywatne obowiązku przestrzegania procedur udzielania zamówień w trybie określonym w ustawie – Prawo zamówień publicznych stanowiła rozbieżność pomiędzy zakresem podmiotowym krajowej ustawy i dyrektyw unijnych. Co więcej, beneficjenci dofinansowania, z uwagi na brak znajomości przepisów i doświadczenia w ich stosowaniu, prowadzili postępowania zamówieniowe z naruszeniem norm ustawy, co w wielu przypadkach stanowiło bezpośrednią przyczynę nakładania korekt finansowych, w sytuacjach, w których prawo unijne tego nie wymagało. W tym kontekście, wyłączenie w takich stanach faktycznych możliwości nałożenia na podmiot obowiązku stosowania ustawy przy jednoczesnym wprowadzeniu uprawnienia do nałożenia obowiązku przestrzegania zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości należy uznać za zasadne. Przede wszystkim, znowelizowany stan prawny pozostaje w zgodzie z wymogami prawa unijnego, jak również zasługuje na aprobatę z punktu widzenia zasady proporcjonalności działań prawodawczych. Niewątpliwie jednym z najistotniejszych pozytywnych następstw zmiany zakresu podmiotowego ustawy będzie zwiększenie efektywności w zakresie absorpcji środków pochodzących z budżetu Unii poprzez przyspieszenie oraz ułatwienie ich wydatkowania, co też zostało wykazane jako jeden z argumentów ustawodawcy uzasadniającego zmianę przepisów⁴⁹.

W obecnym stanie prawnym, podmiot przekazujący środki nie posiada więc podstawy do arbitralnej kreacji po stronie beneficjenta obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych na wzór podmiotów określonych w art. 3 ust. 1 Pzp. Na mocy umowy o dofinansowanie projektu lub decyzji o przekazaniu środków może powstać jedynie obowiązek przestrzegania określonych w przepisie zasad przy ich wydatkowaniu. Praktyka konstrukcji treści takich klauzul umownych lub decyzji

⁴⁸ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, *op. cit.*, Warszawa 2007, s. 38.

⁴⁹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2310 z dnia 2009-08-31, s. 4-5.

może jednak prowadzić do błędnych wniosków, jakoby na ich mocy beneficjent środków uzyskiwał status zamawiającego. Zobowiązanie do przestrzegania zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości przyjmuje często formę odniesienia do konkretnych przepisów ustawy Pzp nakazując pomocnicze stosowanie jej regulacji. Nie oznacza to jednak, że beneficjent staje się zamawiającym w rozumieniu przyjętym przez ustawę, podlegając w pełni pod reżim ustawowych procedur. W szczególności nie znajdują zastosowania przepisy regulujące takie instytucje jak środki ochrony prawnej przysługujące wykonawcom wraz z właściwością Krajowej Izby Odwoławczej do rozpoznawania powstałych sporów, kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nad danym zamówieniem, w tym obowiązek sprawozdawczy, jak również taki zamawiający nie będzie mógł być pociągnięty do odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy w trybie i na podstawie przepisów w niej przewidzianych. Zobowiązanie beneficjenta do pomocniczego stosowania ustawy Pzp w swej istocie sprowadza się do wykorzystania rozwiązań proceduralnych opisanych w danym akcie prawnym w celu pełnej realizacji zasad, do których przestrzegania beneficjent ma obowiązek. Zasadniczo, Prawo zamówień publicznych nie stanowi źródła określonych obowiązków proceduralnych, takim źródłem natomiast jest umowa lub decyzja, na mocy której dochodzi do przekazania dofinansowania, które to w sposób pośredni mogą wymuszać na beneficjencie zastosowanie konkretnych przepisów ustawy Pzp.

W ramach analizy zakresu zastosowania art. 3 ust. 3 Pzp kluczowym zagadnieniem jest określenie desygnatów pojęcia „projekt”. Wynikające z przepisu uprawnienie do nałożenia obowiązku wydatkowania środków zgodnie z zasadami równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości określone jest bowiem wyłącznie w stosunku do stanów faktycznych wypełniających kryteria „dofinansowania projektu”. Czy zatem należy je rozumieć szeroko, jako synonim „przedsięwzięcia”, „inicjatywy” lub „działania”? Takie podejście stanowiłoby podstawę dla szerokiego zastosowania art. 3 ust. 3 Pzp. Czy też za wiążące należy przyjąć wąskie ujęcie tego terminu, co implikowałoby odnoszenie go wyłącznie do projektów realizowanych w ramach systemu dotacji z budżetu Unii Europejskiej? Ustawodawca zdefiniował bowiem pojęcie „projektu” w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. Zgodnie z przepisem art. 5 pkt 9 ustawy, pod tym pojęciem należy rozumieć przedsięwzięcie realizowane w ramach programu operacyjnego na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie, zawieranej między beneficjentem a instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub instytucją wdrażającą.

Należy jednak wskazać, że teza o ograniczonym zakresie zastosowania art. 3 ust. 3 Pzp wyłącznie do przypadków dofinansowania z funduszy unijnych jest w obecnym stanie prawnym bezpodstawną. Ustawodawca wyłączył zasadność doktrynalnej polemiki w tym zakresie wprowadzając odpowiednią definicję projektu na grunt

ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie⁵⁰. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 7 ustawy, pod pojęciem projektu rozumie się zadanie publiczne⁵¹ realizowane w szczególności przez organizację pozarządową. Tym samym art. 3 ust. 3 Pzp znajdować będzie zastosowanie do wszelkich przypadków finansowego wsparcia ze strony sektora publicznego w odniesieniu do konkretnych projektów realizowanych przez przedstawicieli sektora prywatnego oraz sektora organizacji pozarządowych.

Wymóg pełnego urzeczywistnienia funkcji zamówień publicznych, a w szczególności zabezpieczenia środków publicznych przed defraudacją oraz zapewnienia racjonalności przy ich wydatkowaniu, nakazuje uznać za konieczne określenie w treści art. 3 ust. 3 Pzp obowiązku, a nie jedynie prawnej możliwości, wprowadzania wytycznych proceduralnych. Taka konieczność wydaje się jednak występować wyłącznie w przypadku, gdy przekazywane w ramach dofinansowania projektu środki posiadają charakter publicznych. Przy czym, zgodnie z zasadą proporcjonalności, należy pozostawić jako fakultatywne zobowiązanie beneficjenta do przestrzegania określonych zasad w przypadku przekazywania środków niepublicznych. Wydaje się, iż fakultatywne regulacje w omawianym zakresie, odnośnie do zasad wydatkowania środków publicznych, pozostają w sprzeczności z funkcjami system zamówień.

W konsekwencji wprowadzenia obligatoryjnego zastosowania art. 3 ust. 3 Pzp w stosunku do finansowania prywatnych przedsięwzięć ze środków publicznych, powstaje potrzeba uwzględnienia w zakresie danej regulacji wymogów legislacyjnych wynikających z zasady proporcjonalności. W tym kontekście, za zasadne i jednocześnie zgodnie z europejskim systemem prawa należałoby uznać określenie obowiązku przestrzegania wymienionych w przepisie zasad przy wydatkowaniu środków publicznych jedynie od określonego kwotowo progu przekazanego dofinansowania. Zasadniczo bowiem, przy dofinansowaniach o niższej wartości nałożenie na ich beneficjenta obowiązków proceduralnych wymaga uznania za bezcelowe z punktu widzenia zasad rynku wewnętrznego. W konsekwencji, obowiązek taki może zostać uznany za sprzeczny z zasadą proporcjonalności, jako zbyt ograniczający swobodę funkcjonowania podmiotów prywatnych przy jednoczesnym znikomym działaniu na rzecz zabezpieczenia interesu publicznego. Należy w tym miejscu wskazać, iż zdaniem TSUE, z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego, podmioty gospodarcze z siedzibą w innych państwach członkowskich mogą nie wykazywać zainteresowania uzyskaniem określonego publicznego kontraktu. W takich sytuacjach skutki dla podsta-

⁵⁰ Definicja została wprowadzona na mocy ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz ustawy o fundacjach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1339).

⁵¹ W sferze objętej właściwością zastosowania ustawy na podstawie art 4.

wowych swobód należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie by uzasadniały stosowanie norm uregulowanych w pierwotnym prawie europejskim⁵².

Zdaniem autora, niska wartość przekazywanego dofinansowania, a co za tym idzie, niska wartość zamówienia, może stanowić czynnik wpływający na stwierdzenie wobec określonego zakupu znikomego znaczenia gospodarczego w ujęciu ogólnoeuropejskim. W związku z tym zasadny jest postulat wprowadzenia regulacji przewidującej obligatoryjne zobowiązanie beneficjenta środków publicznych do przestrzegania określonych zasad przy kwocie dofinansowania przekraczającej próg 30 tys. euro⁵³. Przy zachowaniu fakultatywności tego mechanizmu odnośnie do przypadków przekazywania środków o wartości nieprzekraczającej tej kwoty⁵⁴.

Należy jednak mieć na uwadze, że w ramach jednego przedsięwzięcia⁵⁵ może wystąpić konieczność przeprowadzenia więcej niż jednego postępowania zamówieniowego. W przypadku kilku odrębnych zamówień w ramach jednego dofinansowania, rozłożenie ogólnej kwoty dofinansowania na kilka osobnych zamówień może spowodować, że wartość każdego z nich, jak również udział środków publicznych w strukturze finansowej poszczególnych zakupów mogą być na tyle niskie, że objęcie ich obowiązkiem przestrzegania zasad traktatowych byłoby bezcelowe. Dlatego też, obok wskazanego ogólnego progu dotacji, zasadne jest wprowadzenie warunku co najmniej 50% udziału środków pochodzących z otrzymanego wsparcia w finansowaniu konkretnego zamówienia jednostkowego.

Podsumowując, można zaproponować następującą treść art. 3 ust. 3 Pzp:

1. Podmioty, o których mowa w ust. 1, przyznając środki publiczne na dofinansowanie projektu, uzależniają ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.
2. W przypadku, gdy przekazywane środki nie stanowią środków publicznych, podmioty, o których mowa w ust. 1, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.
3. Beneficjenci środków publicznych mają obowiązek zastosowania wskazanych w pkt. 1 zasad do każdego zamówienia realizowanego w ramach danego projektu, gdy ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych.

⁵² Zob. orzeczenie ETS z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03.

⁵³ Przyjęcie w omawianych sytuacjach progu kwotowego tożsamego z progiem stosowania ustawy – Pzp uzasadnione jest wnioskowaniem, iż zamówienia powyżej wskazanej wartości charakteryzują się wymaganym znaczeniem gospodarczym dla rynku wewnętrznego i powinny przebiegać z poszanowaniem zasad prawa pierwotnego Unii Europejskiej.

⁵⁴ Jak również ogólnej fakultatywności w przypadku przekazywania środków innych niż publiczne.

⁵⁵ Na którego realizację przekazywane są środki publiczne.

5.3. Podsumowanie

Podmiotowy zakres obowiązywania ustawy - Pzp obejmuje fundacje lub stowarzyszenia nie tylko w przypadkach, w których wypełniają one przesłanki uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego i zostają zobowiązane do przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Obowiązek wykorzystywania publicznoprawnych procedur wydatkowania środków przez fundacje i stowarzyszenia może dodatkowo powstać na podstawie przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy. Pamiętać należy, iż wskazane w przepisie przesłanki uzyskania statusu zamawiającego mają charakter wyłącznie przedmiotowy. Określają one cechy samego zamówienia publicznego, które będą implikować obowiązek zamówieniowy, jednak obejmujący wyłącznie konkretny zakup. Bez znaczenia przy stosowaniu omawianego przepisu pozostają natomiast kwestie związane z właściwościami samego podmiotu, wobec którego następuje stwierdzenie statusu zamawiającego, poza ogólnym wskazaniem, że muszą być to podmioty inne niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp.

Omawiana regulacja uzależnia powstanie obowiązku przestrzegania przepisów Pzp od kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

- zamówienie finansowane jest w ponad 50% ze środków publicznych lub przez określone podmioty publiczne,
- wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne,
- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Z punktu widzenia funkcji zamówień publicznych, zobowiązanie podmiotów prywatnych do udzielania zamówień publicznych będzie uzasadnione, w sytuacji gdy przy większościowym finansowaniu ze strony podmiotu publicznego, przedmiot zamówienia wykazuje z jednej strony wysoką szacunkową wartość, a z drugiej jego przeznaczenie związane jest z funkcją zaspokajania publicznych potrzeb.

Fundacja lub stowarzyszenie może doznać, charakterystycznego dla zamówień publicznych, ograniczenia swobody kontraktowania również na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp. Należy jednak pamiętać, zastosowanie danego przepisu nie jest związane z obowiązkiem przestrzegania procedur określonych przepisami ustawy – Pzp. Na podstawie art. 3 ust. 3 podmioty zobowiązane do przestrzegania ustawy, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Oba omawiane w rozdziale źródła obowiązku zamówieniowego w ujęciu funkcjonalnym mogą podlegać analogicznej kategoryzacji, jako przepisy, których celem jest zapewnienie racjonalności przy wydatkowaniu środków pochodzących od podmiotów o publicznym charakterze, w szczególności środków publicznych. Można również postawić tezę, że art. 3 ust. 1 pkt 5, w zestawieniu z ust. 3 przepisu, stanowi formę kwalifikowaną zobowiązania zamówieniowego. Podmioty prywatne, w tym fundacje lub stowarzyszenia, otrzymując środki na realizację określonego przedsięwzięcia mogą stać się podmiotem obowiązków proceduralnych na podstawie jednej z porównywanych regulacji. Przy czym, w przypadku spełnienia przedmiotowych przesłanek zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 podmiot taki staje się zamawiającym w rozumieniu ustawy, w pełni podlegając pod jej regulacje. W szczególności spoczywać na nim obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia uregulowanego w ustawie. Jeżeli natomiast w danym stanie faktycznym występuje wyłącznie element finansowania realizowanego projektu przez określone podmioty, przy braku spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5, podmiot taki, doznaje co prawda ograniczenia swobody przy wydatkowaniu środków, nie uzyskuje jednak statusu zamawiającego w ustawowym rozumieniu i zgodnie z Pzp nie ma obowiązku stosowania przepisów ustawy. Bezpośrednie źródło jego obowiązków stanowią natomiast odpowiednie klauzule, zawarte w umowie z podmiotem publicznym lub w decyzji, na mocy której następuje przekazanie środków beneficjentowi.

Zakończenie

Przejawy korelacji pomiędzy fundacjami i stowarzyszeniami a sektorem publicznym nie są stanem obojętnym z punktu widzenia obowiązku udzielania zamówień publicznych. Procedury właściwe przy dokonywaniu publicznych zakupów często wiązane są wydatkowaniem środków publicznych, w szczególności w ramach realizacji zadań przez przedstawicieli sektora publicznego. Należy jednak wskazać, że funkcjonalna analiza obowiązku zamówieniowego prowadzi do wniosków, iż jego zakres podmiotowy wykracza poza obszar działalności organów państwowych i samorządowych. Występujący we współczesnych państwach demokratycznych system międzysektorowych relacji na płaszczyźnie społeczno-gospodarczej, prowadzi do zatarcia granicy pomiędzy sektorem publicznym a pozarządowym, co wpływa na konieczność analogicznej oceny działalności obu kategorii podmiotów z punktu widzenia jej wpływu na interes publiczny.

Postulat zapewnienia szczelności systemu zamówień publicznych, zgodnie z główną tezą monografii, pozostaje w bezpośrednim związku z przesłankami powstania obowiązku udzielania zamówień przez fundacje i stowarzyszenia. Występująca w praktyce tożsamość celów i zadań realizowanych przez oba sektory wraz z ugruntowanymi w przepisach prawa podstawami wzajemnej współpracy, wpływają na ryzyko wykorzystywania fundacji i stowarzyszeń do realizacji zadań właściwych dla sektora publicznego. W braku przepisów określających obowiązek zamówieniowy po stronie fundacji i stowarzyszeń, istniałoby wysokie prawdopodobieństwo omijania tego obowiązku przez przedstawicieli sektora publicznego. W przypadku wykonywania określonych zadań bezpośrednio przez organy państwowe i samorządowe, wszelkie zakupy dokonywane w celu ich realizacji posiadają status zamówień publicznych. Natomiast działanie skierowane na realizację interesu społecznego z wykorzystaniem pośrednictwa przedstawicieli sektora pozarządowego, mogłoby doprowadzić do stanu, w którym zakupy funkcjonalnie posiadające status zamówień publicznych byłyby dokonywane z wyłączeniem właściwych dla nich procedur.

Przyjąć zatem należy, że takie czynniki jak realizacja zadań w interesie społecznym, powiązana z określonym stosunkiem zależności od sektora publicznego, zarówno o charakterze organizacyjnym, jak i finansowym, czy też stosunek

w postaci finansowego wsparcia konkretnego przedsięwzięcia, posiadają charakter aktywizacyjny odnośnie do obowiązku udzielania zamówień przez fundacje i stowarzyszenia. Wyposażenie określonych zakupów w status publicznych oznacza, że stają się one istotnym elementem rynku, w szczególności w skali ogólnoeuropejskiej. Sposób wyboru kontrahenta powinien być dokonany w zgodzie z wymogami prawa pierwotnego UE. Uczciwa konkurencja, przejrzystość, brak dyskryminacji, pełna realizacja swobód przepływu poszczególnych czynników produkcji powinny być determinantami zasad stosowanych w tak określonym sektorze nabywania dostaw, usług i robót budowlanych.

Dostęp do zakupów fundacji i stowarzyszeń, które funkcjonalnie wykazują więź z systemem zamówień publicznych powinien być nieograniczony wobec wszelkich podmiotów występujących po stronie podażowej europejskiego rynku zamówień. Ograniczenie możliwości realizacji zamówień przez wykonawców na podstawie kryteriów pozagospodarczych jest zjawiskiem niedopuszczalnym z punktu widzenia interesu publicznego poddawanego ochronie w ramach systemu zamówień. Wszelkie ograniczenia dostępu do zamówień powinny mieć charakter obiektywny. Mogą być uzasadnione kryteriami, odnoszącymi się do właściwości wykonawców, takich jak ich doświadczenie i rzetelność w realizacji kontraktów, jak również cech oferowanych w ramach zamówień towarów i usług, dotyczących ich jakości, czy też pozytywnej oceny z punktu widzenia postulatu ochrony środowiska lub odpowiednich założeń polityki społecznej.

Odnosząc się do przyjętych w monografii hipotez badawczych, należy w pierwszej kolejności wskazać, że ocena przepisów regulujących obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia z punktu widzenia ich precyzji prowadzi do odmiennych wniosków w odniesieniu do poszczególnych przesłanek obowiązku zamówieniowego. Główna przesłanka o charakterze podmiotowym, związana z uzyskaniem przez fundację lub stowarzyszenie statusu podmiotu prawa publicznego jest nieprecyzyjnie uregulowana. Na podstawie bezpośredniej analizy przepisów nie jesteśmy w stanie ustalić wyczerpującego katalogu podmiotów objętych zakresem desygnatów pojęcia podmiotu prawa publicznego. Wskazane w dyrektywach i w polskiej ustawie przesłanki mają charakter ogólny, co wiąże się z koniecznością ustalania ich znaczenia przy pomocy wykładni funkcjonalnej. Omawiana definicja stanowi element siatki pojęciowej europejskiego prawa zamówień publicznych i powinna podlegać jednolitej wykładni. Różnorodność podmiotów funkcjonujących w ramach krajowych porządków prawnych poszczególnych państw członkowskich wydaje się wykluczać możliwość normatywnego ustalenia katalogu podmiotów prawa publicznego.

Pozytywnie w tym kontekście należy ocenić zabieg legislacyjny europejskiego prawodawcy, który w ramach najnowszego pakietu dyrektyw zrezygnował z me-

chanizmu definiowania pojęcia podmiotu prawa publicznego z wykorzystaniem odesłania do listy podmiotów zwartej w odpowiednim załączniku do dyrektywy. Należy w tym miejscu przypomnieć, że listy te nie miały charakteru zamkniętego. Podmiot, który wypełniał znamiona definicji podmiotu prawa publicznego, jednak nie był zamieszczony w wykazie przedstawionym przez dane państwo członkowskie, posiadał w świetle dyrektyw status instytucji zamawiającej. W oparciu o omawiane listy możliwe było uzyskanie jedynie ogólnego pojęcia o przykładach podmiotów prawa publicznego w poszczególnych porządkach prawnych państw członkowskich. Wynikająca z tego niska wartość poznawcza wykazów mogła stanowić podstawę do stwierdzenia zbędności tego elementu definicji omawianej kategorii instytucji zamawiających.

Z punktu widzenia postulatu szczelności systemu zamówień publicznych, przyjęcie jako rozstrzygającego wyniku funkcjonalnej wykładni pojęcia podmiotu prawa publicznego w odniesieniu do określonej jednostki wydaje się być prawidłowym rozwiązaniem. Kluczowym w tym zakresie jest liczne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, który w szeregu orzeczeń podejmował próby doprecyzowania postanowień dyrektyw. Ustanawiając odpowiednie wytyczne interpretacyjne, linia orzecznicza TSUE nakierowuje dokonującego analizy na wnioski pozostające w zgodzie z systemem zamówień w ujęciu funkcjonalnym. Przedstawiane przez Trybunał wytyczne wykazują szczególną wartość poznawczą zarówno dla praktyki, jak i teorii prawa zamówień publicznych. Należy jednak wskazać, że niektóre z tez stawianych przez Trybunał nie posiadają charakteru wyłączającego możliwość podjęcia polemiki, czego próbę podejmował autor niniejszej monografii.

W zakresie przepisów regulujących przesłanki obowiązku zamówieniowego o charakterze przedmiotowym uzasadniona jest teza o ich wystarczająco precyzyjnej treści. Zarówno art. 13 dyrektywy 2014/24/UE, wraz dokonującym jego implementacji art 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i art. 3 ust. 3 Pzp wydają się określać stosunkowo przejrzyste reguły aktywizacji i zakresu obowiązku zamówieniowego beneficjenta środków, w przypadku ich przekazywania w celu wsparcia konkretnego przedsięwzięcia. Pomimo pewnych wątpliwości związanych z postulatem pełnej i uzasadnionej realizacji funkcji systemu zamówień publicznych, wskazane przepisy należy ocenić pozytywnie.

W tym kontekście na szczególną aprobatę zasługuje zabieg legislacyjny polegający na wprowadzeniu definicji projektu do ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. W konsekwencji bowiem wyłączone zostały wątpliwości w zakresie praktycznego zastosowania art. 3 ust. 3 Pzp i wynikającego z niego uprawnienia do zobowiązania beneficjenta do przestrzegania określonych zasad przy wydatkowaniu środków otrzymanych w ramach dofinansowania projektu. W braku wprowadzonej definicji mogły pojawić się wątpliwości w tym zakresie,

w szczególności uzasadniony był pogląd o ograniczonym zakresie zastosowania art. 3 ust. 3 Pzp jedynie do projektów w rozumieniu przyjętym w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. Takie ograniczenie desygnatów tego pojęcia wiązało się z kolei z ryzykiem odnoszenia art. 3 ust. 3 wyłącznie do projektów realizowanych w ramach systemu dotacji z budżetu Unii Europejskiej. Co prawda, art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju¹, stanowi, iż programy operacyjne finansowane są z publicznych środków krajowych lub współfinansowane z publicznych środków europejskich. Biorąc jednak pod uwagę kontekst legislacyjny art. 3 ust. 3 Pzp², stan wątpliwości co do zakresu jego zastosowania występował, a pojawiające się w doktrynie stanowiska często opierały się na tezach o funkcjonalnym powiązaniu przepisu z procesem absorpcji środków z budżetu UE. W tym kontekście, uzasadniona była teza, że polski legislator wykazuje większą troskę o środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej, niż o krajowe środki publiczne. Zasadność stawianych pytań potęgował ponadto art. 325 ust. 2 TFUE. Przepis ustanawia bowiem zasadę, zgodnie z którą państwa członkowskie mają obowiązek podejmować takie same środki do zwalczania nadużyć finansowych, niezależnie od tego, czy nadużycia te zagrażają ich własnym interesom czy interesom finansowym Unii.

Druga z przyjętych hipotez badawczych, dotyczyła efektywności działań legislacyjnych polskiego ustawodawcy w zakresie prawidłowej implementacji przepisów dyrektyw UE, określających podmiotowy zakres obowiązku zamówieniowego, na grunt ustawy - Pzp. Należy stwierdzić, że dokonana przez ustawodawcę implementacja wykazuje charakter kompletny. Przyjęty mechanizm legislacyjny nie wpływa jednak pozytywnie na przejrzystość przepisów w zakresie aktualizacji obowiązku udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia. Generalnie bowiem, polska ustawa wprost przenosi postanowienia dyrektyw, przy czym należy stwierdzić brak odpowiednich wskazówek interpretacyjnych dla praktyki odnośnie do danych przepisów. W poszczególnych uzasadnieniach do ustaw nowelizujących przepisy, często pojawia się enigmatyczne stwierdzenie o konieczności zapewnienia spójności w tym zakresie pomiędzy krajową ustawą a dyrektywami unijnymi. Przyjąć jednak można, że postulowane działania informacyjne w tym zakresie należą do właściwości doktryny prawa zamówień publicznych i odpowiednich instytucji, w szczególności Urzędu Zamówień Publicznych.

W kontekście zapewnienia spójności pomiędzy zakresem podmiotowym polskiej ustawy a zakresem dyrektyw UE, pozytywnie należy ocenić usunięcie

¹ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 478.

² Sygnalizowany w uzasadnieniu do projektu ustawy postulat przyspieszenia oraz ułatwienia wydatkowania funduszy unijnych.

z Prawa zamówień publicznych art. 3 ust. 1 pkt 6. Przepis stanowił podstawę do wyposażenia w status zamawiającego, w rozumieniu ustawy, beneficjentów środków przekazywanych przez określone podmioty z sektora publicznego. Regulacja nie posiadała swojego odpowiednika na gruncie dyrektyw, jak również stanowiła źródło licznych wątpliwości z punktu widzenia funkcjonalnego ujęcia obowiązku zamówieniowego. Wprowadzony w jego miejsce art. 3 ust. 3 stanowi regulację znacznie mniej kontrowersyjną.

Ustosunkowując się bezpośrednio do trzeciej z przyjętych hipotez, należy powtórzyć, że stworzenie wyczerpującego katalogu jednostek, które posiadają status podmiotów prawa publicznego wydaje się nie być możliwe. Przyjęta zasada wykładni funkcjonalnej, jako podstawy określania zakresu tego pojęcia, stanowi problematyczny, jednak konieczny element prawa zamówień publicznych. Dana materia jest szczególnie skomplikowana w przypadku fundacji i stowarzyszeń. Z uwagi na wysoką różnorodność podmiotów funkcjonujących w takich formach organizacyjno-prawnych, zarówno z uwagi na rozmiary prowadzonej działalności, jej przedmiot, jak i właściwe podstawy prawne, wyłączona jest możliwość stworzenia zamkniętego katalogu przypadków, w których należy stwierdzić wystąpienie obowiązku zamówieniowego wobec takich podmiotów. Każdorazowo ocenę statusu zamawiającego danej fundacji lub stowarzyszenia należy oprzeć na analizie cech ustrojowych konkretnego podmiotu, biorąc pod uwagę charakter wykonywanej przez niego działalności oraz nasilenie zjawiska zależności od sektora publicznego.

Dodatkowo, przyjęta przez polskiego ustawodawcę metoda regulacji działalności fundacji i stowarzyszeń nie wpływa pozytywnie na jednoznaczność wniosków w przedmiocie ich obowiązku zamówieniowego. Wiele czynników wykorzystywanych przy ocenie statusu zamawiającego fundacji lub stowarzyszenia uzależnione jest od nieokreślonych ustawowo elementów treści statutu danej jednostki. Taki stan kumuluje zasadność tezy o konieczności oceny indywidualnych przypadków przez pryzmat ich funkcjonalnej więzi z systemem zamówień publicznych. Zasadne jest jednak wyprowadzenie w tym zakresie wniosku *de lege ferenda*. Miałoby to, ustawowe rozstrzygnięcie zakresu uprawnień przysługujących członkom wspierającym w stowarzyszeniu, ograniczyłoby wątpliwości w zakresie możliwości wywierania wpływu na działalność jednostki, w przypadkach gdy takie członkostwo przysługuje przedstawicielowi sektora publicznego.

O wiele mniej problematyczne wydaje się być określenie zakresu zastosowania do fundacji i stowarzyszeń przesłanek obowiązku zamówieniowego o charakterze przedmiotowym, związanych z finansowym wsparciem określonego przedsięwzięcia ze strony sektora publicznego. Jednak trudno jest w takich przypadkach mówić o podmiotowym zakwalifikowaniu takich jednostek do grupy zamawiających. Czynnikiem aktywizującym obowiązek zamówieniowy będzie w takich sytuacjach wy-

nikał z elementów przedmiotowych danego stanu faktycznego, niezależnie od cech ustrojowych beneficjentów środków, w szczególności fundacji lub stowarzyszeń.

Na zakończenie należy wskazać, że może się pojawić pytanie o zasadność przeprowadzenia analizy prawno-porównawczej w zakresie przepisów dotyczących obowiązku zamówieniowego fundacji i stowarzyszeń z systemami prawnymi innych państw członkowskich UE. Niewątpliwie tak określony przedmiot badań może stanowić ciekawą materię do analizy. Jednak w niniejszej monografii autor zrezygnował z tej metody badawczej, koncentrując się przede wszystkim na analizie przepisów dyrektyw zamówieniowych oraz orzecznictwa TSUE w omawianym zakresie. Potrzeba przeprowadzenia wskazanych badań porównawczych ulega zatarciu, jeżeli weźmie się pod uwagę wytyczne Trybunału i zasadę prymatu prawa unijnego nad krajowymi porządkami prawnymi. Zasadniczo bowiem głównym wyznacznikiem oceny statusu zamawiającego są odpowiednie przepisy dyrektyw. W przypadku kolizji pomiędzy zakresem podmiotowym obowiązku zamówieniowego określonego w aktach prawa krajowego a zakresem określonym w dyrektywach, właściwa i wiążąca jest ocena statusu podmiotu dokonana zgodnie z wytycznymi prawa unijnego³. Tym samym, zasadniczym kryterium oceny przepisów ustawy – Pzp powinna być ich zgodność z dyrektywami. Przyjąć więc można, że porównawcza analiza przepisów prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich w omawianym zakresie nie jest warunkiem sine qua non kompletności i właściwości rozważań, jak również wyciąganych wniosków. Trudno jednak nie zgodzić się z tezą, że badania prawno-porównawcze byłyby szczególnie interesujące w zakresie przepisów poszczególnych państw członkowskich regulujących obowiązek zamówieniowy odnośnie do zakupów, które z uwagi na podprogową wartość nie są objęte zakresem obowiązywania dyrektyw. Taka materia badań stanowiłaby podstawę do wartościowych rozważań w przedmiocie prawidłowości działań legislacyjnych krajowych prawodawców z perspektywy wytycznych prawa pierwotnego UE.

³ Orzeczenie ETS z dnia 17 września 1998 r. w sprawie C-323/96.

Bibliografia

Publikacje zwarte

- Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013
- Bączyk M., Piszczek J. A., Radomska E., Wilke M. (red.), *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997
- Barański R., Olejniczak A., *Fundacje i stowarzyszenia. Współpraca organizacji pozarządowych z administracją publiczną*, Warszawa 2012
- Barcz J. (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011
- Barcz J. (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2005
- Bierć A., *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2012
- Bogacz L., Łempicka M., Pyliński G., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Bydgoszcz-Warszawa 2006
- Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012
- Borkowski A., Guziński M., Horubski K., Kiczka K., Kieres L., Kocowski T., Miemiec W., Szydło M., red. M. Guziński, *Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2008
- Borowicz A., Królikowska-Olczak M., Sadowy J., Starzyńska W. (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, Łódź 2010
- Brol J., *Fundacje (po zmianach ustawodawczych)*, Bydgoszcz 1992
- Brzeziński B. (red.), *Prawo finansów publicznych*, Toruń 2010
- Brzozowski A., W. J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2013
- Bubnowski M.D., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2007
- Bugajna-Sporczyk D., Dzbeńska E., Janson I., Sztekier-Łabuszewska M., *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005
- Bugajna-Sporczyk D., Janson I., *Zakładamy fundację*, Warszawa 1996
- Chmaj M. (red.), *Wolność zrzeszania się w Polsce*, Warszawa 2008
- Chmaj M. (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008

- Chmaj M., Herc G., Komorowski E., Szustakiewicz P., *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010
- Chmaj M., Orłowski W., Skrzydło W., Witkowski Z., Wróbel A., *Konstytucyjne wolności i prawa w Polsce, Tom III, Wolności i prawa polityczne*, Kraków 2002
- Chmaj M., *Wolność tworzenia i działania partii politycznych. Studium porównawcze*, Olsztyn 2006
- Cieśliński A. (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Tom II*, Warszawa 2007
- Cieśliński A., *Wspólnotowe prawo gospodarcze, Tom I, Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009
- Cioch H., *Prawo fundacyjne*, Warszawa 2011
- Cioch H., *Fundacje w ujęciu prawa polskiego na tle prawnoporównawczym*, Lublin 1995
- Cioch H., Kidyba A., *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Warszawa 2010
- Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1978
- Czajkowska-Matosiuk K., *Prawo cywilne – część ogólna, prawo rzeczowe i zobowiązania*, Warszawa 2009
- Czajkowski T. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007
- Dausés M. A. (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999
- Dolnicki B. (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2016
- Dolnicki B. (red.), *Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz*, Warszawa 2007
- Doroszewski W. (red.), *Słownik języka polskiego, Tom 8*, Warszawa 1966
- Encyklopedia podręczna. Prawo na co dzień*, Warszawa 1974
- Encyklopedia popularna PWN*, Warszawa 2011
- Encyklopedia. Prawo. Nie tylko dla prawników*, Bielsko-Biała 2002
- Filipiak T.A., Mojak J., Nazar M., Niezbecka E., *Zarys prawa cywilnego*, Lublin 2000
- Filipiak T.A., Mojak J., Nazar M., Niezbecka E., *Zarys prawa cywilnego*, Lublin 2002
- Freeman M., *Prawa człowieka*, Warszawa 2007
- Galster J., Mik C., *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego*, Toruń 1995
- Gawrońska-Baran A., *Nowelizacje Prawa zamówień publicznych 2009. Komentarz*, Warszawa 2010
- Gawrońska-Baran A., *Zamówienia publiczne w instytucjach kultury. Wybrane zagadnienia*, Sieradz 2011
- Gniewek E. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008
- Golat R., *Zamówienia publiczne w sferze kultury*, Warszawa 2008
- Góra E., Kotula M., *Fundacje i stowarzyszenia. Zakładanie, działalność, likwidacja*, Gdańsk 2000
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007
- Grochowski L., Letkiewicz A., Misiuk A. (red.), *Nauka o bezpieczeństwie. Istota, przedmiot i kierunki rozwoju. Studia i materiały*, Szczytno 2011
- Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012

- Grzeszczyk T., *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – Zarys systemu*, Warszawa 1995
- Grzybowski S., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1978
- Grzybowski S., Skąpski J., Wójcik S., *Zarys prawa cywilnego*, Warszawa 1998
- Hartung W., Laudański P., Stodolak W. M., Stręciwilk M., Winiarz M., *Zamówienia Publiczne po nowelizacji*, Wrocław 2007
- Hoc S., *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013
- Hołyst B. (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, Warszawa 2005
- Izdebski H., *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, Krasnobród 2004
- Izdebski H., *Fundacje i stowarzyszenia*, Warszawa 1991
- Izdebski H., *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, Łomianki 2000
- Kalina-Prasznic U. (red.), *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007
- Karwatowicz G., Lamch-Rejowska M., *Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych*, Wrocław 2011
- Kawałko A., Witczak H., *Prawo cywilne*, Warszawa 2008
- Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część szczególna*, Warszawa 2010
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, Warszawa 2010
- Kidyba A., *Ustawa o fundacjach. Prawo o stowarzyszeniach*, Warszawa 1997
- Kietlińska K., *Rola trzeciego sektora w społeczeństwie obywatelskim*, Warszawa 2010
- Kosikowski C., *Prawo finansowe w Unii Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2005
- Kosikowski C., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011
- Kowałko A., Witczak H., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011
- Królikowska-Olczak M. (red.), *Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki*, Warszawa 2005
- Królikowska-Olczak M., Bieranowski A., Zięty J.J. (red.), *Działalność deweloperska w praktyce obrotu gospodarczego*, Warszawa 2014
- Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Tom II*, Warszawa 2011
- Krych E., Sobolewska M., Wicik G., Wiktorowska E., *Praktyczny poradnik dla korzystających z wzorcowej dokumentacji przetargowej i wzorów umów w sprawach zamówień publicznych*, Warszawa 2006
- Kędra E., Krasieńska A. (red.), *Ustrój prawny przedsiębiorców*, Olsztyn 2006
- Lemke M. (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, Warszawa 2001
- Lemke M., Piasta D., *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005r.*, Warszawa 2006
- Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011

- Malinowski A., *Prawo zamówień publicznych z komentarzem oraz aktami szczegółowymi*, Warszawa 2010
- Misiąg W., Nowak-Far A. (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015
- Moroń D., *Wolontariat w trzecim sektorze. Prawo i praktyka*, Wrocław 2009
- Niczyporuk J., Sadowy J., Urbanek M., *Nowe podejście do zamówień publicznych - zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne Część I*, Kaziemierz Dolny 2011
- Niemirka B., *Statut fundacji*, Warszawa 1998
- Norek E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009
- Norek E., *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Warszawa 2009
- Nowa encyklopedia powszechna PWN*, Tom 6, Warszawa 1997
- Nowicki H., Nowicki P., *Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2011
- Nowicki H., Sadowy J. (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, Toruń - Warszawa 2009
- Olechnicki K., Załęcki P., *Słownik socjologiczny*, Toruń 2002
- Olejarz M. (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji - nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2015
- Osmańczyk E. J., *Encyklopedia ONZ i stosunków międzynarodowych*, Warszawa 1986
- Pacholski M., Słaboń A., *Słownik pojęć socjologicznych*, Kraków 2010
- Panasiuk A. (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010
- Panasiuk A., *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009
- Pawelec J., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych*, Warszawa 2015
- Piasta D. (red.), *Dyrektywy dotyczące procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2008
- Piasta D., *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu. Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)*, Warszawa 2001
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012
- Pieróg J., *Zamówienia publiczne. Komentarz*, Warszawa 2002
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Tom I*, Warszawa 2011
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Tom II*, Warszawa 2011
- Płuzański M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005
- Powałowski A. (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011

- Przewłocka J., Adamiak P., Herbst J., *Podstawowe fakty o organizacjach pozarządowych. Raport z badania 2012*, Warszawa 2013
- Raczkiewicz Z., *Zamówienia publiczne w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2008
- Radecki G., *Fundacje zakładane przez osoby prawne Kościoła katolickiego w Polsce*, Katowice 2009
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2005
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2011
- Sadowy J.(red.), *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.*, Warszawa 2008
- Safjan M. (red.), *Prawo cywilne- część ogólna*, Tom I, Warszawa 2007
- Sarnecki P. (red.), *Prawo Konstytucyjne RP*, Warszawa 2011
- Skowrońska-Bocian E., *Prawo cywilne. Część ogólna. Zarys wykładu*, Warszawa 2005
- Skubisz R., Skrzydło-Tefelska E. (red.), *Prawo europejskie. Zarys wykładu*, Lublin 2006
- Smoleń P. (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012
- Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2012
- Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Zakamycze 2006
- Sołtysińska A., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012
- Starościk J., Iserzon E., *Prawo administracyjne*, Warszawa 1963
- Stecki L., *Fundacja. Część pierwsza*, Toruń 1996
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011
- Suski P., *Stowarzyszenia w prawie polskim*, Warszawa 2002
- Suski P., *Stowarzyszenia i fundacje*, Warszawa 2011
- Świeboda Z., *Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem*, Warszawa 2002
- Sykuna S., Balcerzak M. (red.), *Leksykon ochrony praw człowieka*, Warszawa 2010
- Szczepański D., *Zamówienia Publiczne*, Pułtusk 2004
- Szustek A., *Polski sektor społeczny*, Warszawa 2009
- Trepte P., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa-Katowice 2006
- Trykozko R., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz dla jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2010
- Walasik A., Babczuk A., Talik A., *Dotacje z budżetów jednostek samorządu terytorialnego. Planowanie, udzielanie, rozliczanie*, Warszawa 2013
- Wasilkowski J., *Zarys prawa rzeczowego*, Warszawa 1963

- Wawrzyńczak-Jędryka B., *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, Warszawa 2008
- Wawrzyńczak-Jędryka B., *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, Warszawa 2006
- Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007
- Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny*, Warszawa 2007
- Winiarz M., *Zamówienia publiczne o wartości poniżej 14 tysięcy Euro w jednostkach oświaty*, Wrocław 2011
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne, Zarys części ogólnej*, Warszawa 2009
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001
- Zdebel-Zygmunt A., Rokicki J., *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014
- Zgółkowska H. (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, Tom 40, Poznań 2003

Artykuły naukowe

- Balcewicz J., *Zamawianie robót budowlanych po zmianach*, „Wspólnota” 2013, nr 16
- Bendorf-Bundorf M., *Członkostwo w stowarzyszeniu*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 28
- Bielikow M., *Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełniania w świetle ustawy-Prawo zamówień publicznych*, „Finanse Komunalne” 2011, nr 3
- Kardas B., *Zamówienia na usługi po nowemu*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2009, nr 1
- Laszczyński Ł., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2012, nr 5
- Romul J., *Pojęcie stowarzyszenia*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” 1965, nr 4
- Szostak R., glosa do wyroku SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., sygn. akt III CKN 1320/00, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 1
- Szyszkowski A., glosa do wyroku SN z dnia 13 września 2001 r., sygn. akt IV CKN 381/00, „Monitor Prawnicy” 2002 r., nr 21
- Wasilewski A., *Prawna problematyka fundacji. Zagadnienia podstawowe*, „Państwo i Prawo” 1984, nr 9
- Wiśniewski L., *Wolność zrzeszania się obywateli według prawa o stowarzyszeniach z 1989 r.*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” 1990, nr 1

Pozostałe źródła

Komisja Europejska, *Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts*, 1997

Informacja o działalności KIO w latach 2007-2008, Warszawa 2009

Informator Zamówień Publicznych, Warszawa 1995

Informator Zamówień Publicznych, Warszawa 1995

Najwyższa Izba Kontroli. Departament Gospodarki, Skarbu Państwa i Prywatyzacji, *Informacja o wynikach kontroli Tworzenie i działalność fundacji, których fundatorami są Skarb Państwa lub jednostki sektora finansów publicznych*, Warszawa 2006

Wyjaśnienie Ministra Finansów z dnia 5 maja 2006 r. (ST1 4834-241/06/346)

Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy nr 127 z dnia 2005-10-19

Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2310 z dnia 2009-08-31

Uzasadnienie do projektu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, druk sejmowy nr 1958

Opinie prawne UZP [www.uzp.gov.pl (dostęp 01.11.2018 r.)]:

- „Przeniesienie własności nieruchomości jako forma wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego”
- „Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydatkujące środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych”
- „Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5”
- „Finansowanie zamówień w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych”
- „Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez organizacje pozarządowe uzyskujące dotacje z budżetu państwa na realizację zadań publicznych”
- „Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE”

Wykaz aktów prawnych

Prawo Unii Europejskiej

Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (niepubl. w Dz. U. UE.)

Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. U. UE C 321 E z 29.12.2006)

Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz. U. UE C 306 z 17.12.2007)

Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. UE C Nr 326, s. 13)

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C Nr 326, s. 47)

Rozporządzenie (WE) nr 1059/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 maja 2003 r. w sprawie ustalenia wspólnej klasyfikacji Jednostek Terytorialnych do Celów Statystycznych (NUTS) (Dz. U. L 154 z 21.6.2003, s. 1)

Rozporządzenie (WE) nr 1082/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie europejskiego ugrupowania współpracy terytorialnej (EUWT) (Dz. U. UE L 210 z 31.07.2006, s. 19)

Rozporządzenie (WE) nr 1893/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie statystycznej kwalifikacji działalności gospodarczej NACE Rev. 2 i zmieniającym rozporządzenie Rady (EWG) nr 3037/90 oraz niektóre rozporządzenia WE w sprawie określonych dziedzin statystycznych (Dz. U. UE L 393 z 30.12.2006 r., s.1)

Rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz. U. UE L 2008 Nr 74, s. 1)

Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. U. UE L Nr 296, s. 1 ze zm.)

Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w odnie-

- sieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz. U. UE L Nr 307, s. 5)
- Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. U. UE L Nr 3, s. 16)
- Dyrektywa Rady 64/429/EWG z dnia 7 lipca 1964 r. o urzeczywistnieniu swobody świadczenia usług i swobody prowadzenia działalności gospodarczej (Dz. U. 117 z 23.7.1964, s. 1880-1892)
- Dyrektywa Komisji 70/32/EWG z dnia 17 grudnia 1969 r. o dostawach dla organów państwowych, samorządowych i innych instytucji publicznych (Dz. U. L 13 z 19.1.1970, s. 1-3)
- Dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji krajowych procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. U. WE L 185 z 18.8.1971, s. 5)
- Dyrektywa Rady 71/304/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. o usuwaniu przeszkód w swobodzie świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. U. L 185 z 16.8.1971, s. 1-4)
- Dyrektywa Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. U. WE L 13 z 15.1.1977, s. 1)
- Dyrektywa Rady 88/295/EWG z dnia 22 marca 1988 r. dotycząca zamówień publicznych na dostawy (Dz. U. WE L 127 z 20.5.1988, s. 1.)
- Dyrektywa Komisji Europejskiej 88/301/EWG z dnia 16 maja 1988 r. w sprawie konkurencji na rynkach końcowych urządzeń telekomunikacyjnych (Dz. U. WE L 131 z 27.5.1988, s. 73)
- Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. WE L 395 z 30.12.1989, s. 33)
- Dyrektywa Rady 90/531/EWG z dnia 17 września 1990 r. w sprawie procedur zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. WE L 297 z 29.10.1990, s. 1)
- Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. WE L 76 z 23.3.1992, s. 14)
- Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. koordynująca procedury udzielania zamówień na usługi (Dz. U. WE L 209 z 24.7.1992, s. 1)

- Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. U. WE 199 z 9.8.1993, s. 1)
- Dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. WE L 199 z 9.8.1993, s. 84)
- Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. U. WE L 199 z 9.8.1993, s. 54)
- Dyrektywa Komisji Europejskiej 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. w sprawie stosowania standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń o zamówieniach publicznych (Dz. U. UE L 285, s. 1)
- Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134, s. 114)
- Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L 134, s. 1)
- Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. UE L 335, s. 31)
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. U. UE L 216, s. 76 ze zm.)
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. U. UE L Nr 94, s. 1 ze zm.)
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L Nr 94, s. 65 ze zm.)
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE L Nr 94, s. 243 ze zm.)
- Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo

objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (Dz. U. UE z 1.8.2006, 2006/C 179/02)

Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 7 grudnia 2006 r. Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności [COM (2006) 779]

Komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowany Europa 2020: Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu [COM (2010) 2020]

Prawo polskie

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78 poz. 483)

Ustawa z dnia 15 lutego 1933 o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. Nr 19 poz. 127)

Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. Nr 63 poz. 494)

Ustawa z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz. U. z 1958 r. Nr 3 poz. 7)

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2096)

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025)

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1360)

Ustawa z dnia 26 lutego 1982 r. o planowaniu społeczno-gospodarczym (Dz. U. Nr 7 poz. 51)

Ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1285)

Ustawa z dnia 21 grudnia 1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą (Dz. U. Nr 71 poz. 318)

Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1491)

Ustawa z dnia 3 lipca 1984 r. o kulturze fizycznej (Dz. U. Nr 34 poz. 181)

Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 210)

Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1153)

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 994)

Ustawa z dnia 24 stycznia 1991 r. o kombatantach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 276)

- Ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 620)
- Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1457)
- Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2129)
- Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419)
- Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1191)
- Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 664)
- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1202)
- Ustawa z dnia 5 stycznia 1995 r. o fundacji – Zakład Narodowy imienia Ossolińskich (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1881)
- Ustawa z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 226 poz. 1675)
- Ustawa z dnia 31 maja 1996 r. o osobach deportowanych do pracy przymusowej oraz osadzonych w obozach pracy przez III Rzeszę i Związek Socjalistycznych Republik Radzieckich (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1001)
- Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 827)
- Ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o fundacji – Centrum Badania Opinii Społecznej (Dz. U. Nr 30 poz. 163)
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1600)
- Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o partiach politycznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 580)
- Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 986)
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 121)
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 913)
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 995)
- Ustawa z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 15 poz. 148)
- Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1839)
- Ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 563)
- Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1330)

- Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o fundacji – Zakłady Kórnickie (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1964)
- Ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1183)
- Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 450)
- Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2067)
- Ustawa z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 173)
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986)
- Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 478)
- Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1458)
- Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249 poz. 2104)
- Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 300)
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym (Dz. U. Nr 155 poz. 1298)
- Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1307)
- Ustawa z dnia 7 listopada 2008 r. o europejskim ugrupowaniu współpracy terytorialnej (Dz. U. Nr 218 poz. 1390)
- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1834)
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2077)
- Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1829)
- Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1263)
- Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 412)
- Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 754)
- Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1792)
- Ustawa z dnia 30 stycznia 2013 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 395)
- Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2094)
- Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1431)

- Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920)
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. poz. 646)
- Dekret o stowarzyszeniach z dnia 3 stycznia 1919 r. (Dz. P. P. P. Nr 3 poz. 88)
- Dekret Naczelnika Państwa z dnia 7 lutego 1919 r. o fundacjach i o zatwierdzaniu darowizn i zapisów (Dz. Pr. P. P. Nr 15 poz. 215)
- Dekret Naczelnika Państwa z dnia 22 października 1947 r. o zmianie i rozciągnięciu mocy obowiązującej dekretu z dnia 7 lutego 1919 r. o fundacjach i zatwierdzaniu darowizn i zapisów na cały obszar Państwa Polskiego (Dz. U. Nr 66 poz. 400)
- Dekret z dnia 24 kwietnia 1952 r. o zniesieniu fundacji (Dz. U. Nr 25 poz. 172)
- Dekret z dnia 16 maja 1956 r. o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej (Dz. U. Nr 16 poz. 87)
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1932 r. - Prawo o stowarzyszeniach (Dz. U. R. P. Nr 94 poz. 808)
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. Nr 13 poz. 92)
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 stycznia 1958 r. w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz jednostek państwowych (Dz. U. Nr 6 poz. 17)
- Rozporządzenie Ministra Handlu Wewnętrznego z dnia 17 marca 1958 r. w sprawie zasad i trybu udzielania zamówień na dostawy, roboty i usługi przez państwowe jednostki handlowe (Dz. U. Nr 19 poz. 83)
- Rozporządzenie Ministra Handlu Wewnętrznego z dnia 5 kwietnia 1963 r. w sprawie zasad i trybu udzielania zamówień na dostawy, roboty i usługi przez państwowe jednostki handlowe (Dz. U. Nr 17 poz. 95)
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 20 marca 1969 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz. U. Nr 9 poz. 65)
- Rozporządzenie Ministra Handlu Wewnętrznego i Usług z dnia 15 listopada 1975 r. w sprawie zasad i trybu udzielania przez państwowe jednostki handlowe zamówień na dostawy, roboty i usługi (Dz. U. Nr 38 poz. 204)
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 1994 r. w sprawie stosowania preferencji krajowych przy udzielaniu zamówień publicznych (Dz. U. Nr 140 poz. 776)
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 maja 2001 r. w sprawie ramowego zakresu sprawozdania z działalności fundacji (Dz. U. Nr 50 poz. 529)
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 16 kwietnia 2002 r. w sprawie prowadzenia postępowań o zamówienia publiczne na zasadach szczególnych (Dz. U. Nr 55 poz. 475)
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań w sprawach o udzielenie zamówień publicznych (Dz. U. Nr 85 poz. 772)

- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie wzorów ogłoszeń o zamówieniach publicznych publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz dodatkowych informacji zawartych w ogłoszeniach (Dz. U. Nr 91 poz. 816)
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2003 r. w sprawie sposobu obliczania wartości zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 229 poz. 2281)
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092)
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 2 maja 2016 r. w sprawie prowadzenia ewidencji stowarzyszeń zwykłych, jej wzoru oraz szczegółowej treści wpisów (Dz. U. poz. 644)
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128)
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. poz. 1125)
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126)
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 2479)
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2477)
- Rozporządzenie Przewodniczącego Komitetu do Spraw Pożytku Publicznego z dnia 24 października 2018 r. w sprawie wzorów ofert i ramowych wzorów umów dotyczących realizacji zadań publicznych oraz wzorów sprawozdań z wykonania tych zadań (Dz. U. poz. 2057)
- Rozporządzenie Przewodniczącego Komitetu do Spraw Pożytku Publicznego z dnia 24 października 2018 r. w sprawie Rady Działalności Pożytku Publicznego (Dz. U. poz. 2052)
- Uchwała Rady Ministrów nr 59 z dnia 23 maja 1983 r. w sprawie zamówień rządowych na realizację wybranych inwestycji centralnych (M.P. Nr 19 poz. 109)
- Uchwała Rady Ministrów nr 151 z dnia 4 listopada 1983 r. w sprawie zamówień rządowych na materiały i wyroby (M.P. Nr 38 poz. 218)
- Uchwała Rady Ministrów nr 8 z dnia 24 stycznia 1986 r. w sprawie zamówień rządowych na realizację z zakresu rozwoju nauki i techniki (M.P. Nr 6. poz. 37)

Akty prawa międzynarodowego

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284)

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38 poz. 167)

Europejska Karta Samorządu Terytorialnego, sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 124 poz. 607)

Wykaz orzecznictwa

Orzecznictwo TSUE / ETS

Orzeczenie ETS z dnia 10 grudnia 1968 r. w sprawie C-7/68
Orzeczenie ETS z dnia 11 lipca 1974 r. w sprawie C-8/74
Orzeczenie ETS z dnia 15 grudnia 1976 r. w sprawie C-41/76
Orzeczenie ETS z dnia 15 grudnia 1976 r. w sprawie C-35/76
Orzeczenie ETS z dnia 7 kwietnia 1981 r. w sprawie C-132/80
Orzeczenie ETS z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie C-76/81
Orzeczenie ETS z dnia 18 stycznia 1984 r. w sprawie C-327/82
Orzeczenie ETS z dnia 7 czerwca 1985 r. w sprawie C-154/85
Orzeczenie ETS z dnia 21 czerwca 1988 r. w sprawie C-127/87
Orzeczenie ETS z dnia 20 września 1988 r. w sprawie C-31/87
Orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88
Orzeczenie ETS z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88
Orzeczenie ETS z dnia 3 czerwca 1992 r. w sprawie C-360/89
Orzeczenie ETS z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96
Orzeczenie ETS z dnia 17 września 1998 r. w sprawie C-323/96
Orzeczenie ETS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96
Orzeczenie ETS z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-306/97
Orzeczenie ETS z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-353/96
Orzeczenie ETS z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97
Orzeczenie ETS z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98
Orzeczenie ETS z dnia 19 września 2000 r. w sprawie C-287/98
Orzeczenie ETS z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98
Orzeczenie ETS z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98
Orzeczenie ETS z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99
Orzeczenie ETS z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00
Orzeczenie ETS z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00
Orzeczenie ETS z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03
Orzeczenie ETS z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03
Orzeczenie ETS z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03

Orzeczenie ETS z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04
Orzeczenie ETS z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05
Orzeczenie ETS z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05
Orzeczenie ETS z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06
Orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06
Orzeczenie TSUE z dnia 22 marca 2012 r. w sprawie C-190/10
Orzeczenie TSUE z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie C-376/11
Orzeczenie TSUE z dnia 12 września 2013 r. w sprawie C-526/11
Orzeczenie TSUE z dnia 26 września 2013 r. w sprawie C-115/12 P

Orzecznictwo krajowe

Wyrok TK z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. akt SK 15/02, OTK Seria A 2003 nr 9, poz. 103
Wyrok TK z dnia 27 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 24/03, OTK Seria A 2004 nr 4, poz. 33
Wyrok TK z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04, OTK Seria A 2005 nr 6, poz. 64
Wyrok TK z dnia 26 listopada 2007 r., sygn. akt P 24/06, OTK Seria A 2007 nr 10, poz. 126
Uchwała SN z dnia 27 lutego 1990 r., sygn. akt III PZP 59/89, OSNCP 1990 nr 10-11, poz. 126
Uchwała SN z dnia 7 lipca 1993 r., sygn. akt III CZP 88/93, OSNCP 1994 nr 1, poz. 14
Uchwała SN z dnia 31 marca 1998 r., sygn. akt III ZP 44/97, OSNAPiUS 1998 nr 16, poz. 472
Uchwała SN z dnia 13 marca 2002 r., sygn. akt III ZP 21/01, OSNAPiUS 2002 nr 12, poz. 280
Wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., sygn. akt IV CKN 381/00, OSNC 2002 nr 6, poz. 75, s. 20
Wyrok SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., sygn. akt III CKN 1320/00, OSNC 2004 nr 7-8, poz. 112, s. 50
Wyrok SN z dnia 16 września 2009 r., sygn. akt II CSK 104/09, Legalis Nr 285209
Postanowienie SN z dnia 8 grudnia 1992 r., sygn. akt I CRN 182/92, OSNCP 1993 nr 7-8, poz. 139
Postanowienie SN z dnia 7 maja 2002 r., sygn. akt I CKN 162/00, Legalis Nr 59496
Uchwała NSA z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. akt II OPS 4/05, ONSA i WSA 2006 nr 2, poz. 37, s. 25
Wyrok NSA z dnia 17 stycznia 1989 r., sygn. akt I SA 1019/88, ONSA 1990 nr 1, poz. 4

- Wyrok NSA z dnia 10 lutego 1994 r., sygn. akt SA/Po 3045/93, Legalis Nr 38344
- Wyrok NSA z dnia 21 kwietnia 1994 r., sygn. akt SA/Po 3259/93, Legalis Nr 38510
- Wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 1996 r., sygn. akt SA/SZ 1732/95, Legalis Nr 40081
- Wyrok NSA z dnia 13 października 1999 r., sygn. akt IV SA 1349/97, Legalis Nr 178897
- Wyrok NSA z dnia 21 grudnia 2001 r., sygn. akt I SA 786/00, Legalis Nr 123228
- Wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., sygn. akt II GSK 105/05, ONSA i WSA 2006 nr 2, poz. 62, s. 181
- Wyrok NSA z dnia 6 czerwca 2006 r., sygn. akt II GSK 93/06, Biul. NDFP 2006 nr 3, poz. 19, s. 133
- Postanowienie NSA z dnia 12 stycznia 1993 r., sygn. akt I SA 1762/92, ONSA 1993 nr 3, poz. 75
- Postanowienie NSA z dnia 6 maja 1998 r., sygn. akt IV SA 898/96, niepubl.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 30 listopada 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 1671/05, Legalis Nr 85466
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 września 2007 r., sygn. akt V SA/Wa 495/07, Legalis Nr 273139
- Wyrok WSA w Krakowie z dnia 29 maja 2007 r., sygn. akt I SA/Kr 1022/05, Legalis Nr 274914
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 lipca 1998 r., sygn. akt I ACa 500/98, OSA 1999 nr 7, s. 50
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 maja 1994 r., sygn. akt I ACr 280/94, Przeg. Sąd (wkładka) 1996, nr 2, poz. 50
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 października 2000 r., sygn. akt I ACa 119/00, OSA 2001 nr 9, poz. 48
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 10 września 2002 r., sygn. akt I ACA 384/02, OSA 2003 nr 2, poz. 4
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 czerwca 1991 r., sygn. akt I ACr 100/91, Przeg. Sąd. 1993 nr 11
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 31 marca 2000 r., sygn. akt I ACa 215/00, OSA 2001 nr 7, poz. 39
- Postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 30 maja 2005 r., sygn. akt IX Ca 196/05, niepubl.
- Wyrok KIO z dnia 15 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 567/09, Legalis Nr 161953
- Wyrok KIO z dnia 22 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 608/09, Legalis Nr 160230
- Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, Legalis Nr 367016
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2103/06, Legalis Nr 80923

I Dotychczas ukazały się:

1. Marta Kowalczyk-Ludzia, *Instytucja uniewinnienia w polskim procesie karnym*, Olsztyn 2014, ISBN 978-83-7299-914-6.
2. Katarzyna Pruszkiewicz-Słowińska, *Porwania dla okupu – analiza roli porrzywdzonego*, Olsztyn 2014, ISBN 978-83-7299-903-0.
3. Marcin Dąbrowski, *Funkcje Trybunału Konstytucyjnego związane z hierarchiczną kontrolą konstytucyjności prawa*, Olsztyn 2015, ISBN 978-83-7299-945-0.
4. Michał Hejbudzki, *Dowód składowy jako instrument prawny realizacji funkcji domów składowych na rynku rolnym. Uwagi de lege ferenda*, Olsztyn 2015, ISBN 978-83-7299-922-1.
5. Eugeniusz Hull, Edyta Sokalska (red.), *Państwowość konstytucyjna XIX i XX wieku*, Olsztyn 2015, ISBN 978-83-7299-958-0.
6. Marcin Kazimierzczuk, *Wolność zrzeszania się w związki zawodowe w polskim porządku prawnym*, Olsztyn 2015, ISBN 978-83-7299-948-1.
7. Dobrochna Ossowska-Salamonowicz, *Ochrona danych osobowych w działalności dziennikarskiej*, Olsztyn 2015, ISBN 978-83-7299-957-3.
8. Michał Kurzyński, *Karalność w prawie karnym skarbowym. Wybrane zagadnienia degeneracji karania*, Olsztyn 2016, ISBN 978-83-7299-998-6.
9. Małgorzata Czuryk, Katarzyna Dunaj, Mirosław Karpiuk, Krzysztof Prokop, *Bezpieczeństwo państwa. Zagadnienia prawne i administracyjne*, Olsztyn 2016, ISBN 978-83-62383-77-1.
10. Przemysław Krzykowski, *Nieprawidłowości przy realizacji projektów współfinansowanych ze środków unijnych w perspektywie finansowej 2014-2020*, Olsztyn 2016, ISBN 978-83-62383-85-6.
11. Zbigniew Kopacz, *Publikacja aktów prawa miejscowego w Polsce*, Olsztyn 2016, ISBN 978-83-62383-87-0.
12. Małgorzata Czuryk, Kamila Naumowicz (red.), *Prawo ubezpieczeń społecznych. Wybrane problemy*, Olsztyn 2016, ISBN 978-83-62383-91-7.
13. Przemysław Krzykowski, *Postępowanie administracyjne w sprawie odzyskiwania wypłaconych środków unijnych w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych. Wybrane zagadnienia*, Olsztyn 2017, ISBN 978-83-65992-07-9.
14. Ewa Lewandowska, *Pozorność oświadczenia woli. Studium cywilnoprawne*, Olsztyn 2018, ISBN 978-83-65992-10-9.
15. M. Królikowska-Olczak, D. Ossowska-Salamonowicz, M. Salamonowicz, A. Cekała (red.), *Gospodarka narodowa a rynek wewnętrzny Unii Europejskiej. Prawno-ekonomiczne problemy integracji. Własność intelektualna – Konkurencja – Przedsiębiorczość*, Olsztyn 2018, ISBN 978-83-65992-13-0.
16. Maciej Bendorf-Bundorf, *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, Olsztyn 2018, ISBN 978-83-65992-24-6.

II. W przygotowaniu:

Marta Kopacz, *Decyzje weryfikujące nabyte prawo do świadczeń rodzinnych wydawane w trybie pozakodeksowym (na mocy przepisów szczególnych)*.

ISBN 978-83-65992-24-6

Książka jest e-bookiem w wolnym dostępie on-line